



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Filiación homosexual en Italia y en España

Autor/es

ADRIÁN MAZAGATOS CALVO

Director/es

M^a RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



Filiación homosexual en Italia y en España, de ADRIÁN MAZAGATOS CALVO
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

TRABAJO FIN DE GRADO

**FILIACIÓN HOMOSEXUAL EN ITALIA Y EN
ESPAÑA**

ADRIÁN MAZAGATOS CALVO

TUTORA:

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

GRADO EN DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AÑO ACADÉMICO 2016-2017

RESUMEN

A lo largo de este trabajo vamos a analizar la filiación desde el punto de vista de las parejas homosexuales. Gracias a la aparición de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, podemos hablar de capacidad de engendrar dentro de una pareja compuesta por individuos del mismo sexo.

El objetivo pretendido es analizar el acceso de estas parejas a las técnicas de reproducción asistida, sus consecuencias legales, el establecimiento de la filiación de los hijos engendrados por medio de estas y las desigualdades que pueden surgir. Así como el estudio de la figura de la comaternidad, y la imposibilidad del establecimiento de a copaternidad. Exponiendo las características de la gestación por sustitución y su necesidad de regulación.

Palabras clave: filiación, reproducción asistida, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, comaternidad, maternidad subrogada.

ABSTRACT

Throughout this work we will examine the filiation from the point of view of homosexual couples. Thanks to the birth of the Law 14/2006, 26th May, on Techniques of Human Assisted Reproduction, we can talk about capacity to engender within a couple composed of individuals of the same sex.

The main aim of this essay is analyse the access of these couples to the techniques of assisted reproduction, their legal consequences, the establishment of the filiation of the children engendered by them and the inequalities that may arise. As well as the study of the figure of the comaternity and the impossibility of the establishment of copaternity. Exposing the characteristics of gestation by substitution and its need for regulation.

Keywords: filiation, assisted reproduction, Law Techniques of Human Assisted Reproduction, comaternity, gestation by substitution.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA)...	6
1.1. Cuestiones generales sobre la reproducción asistida.....	6
1.2. La LTRHA.....	9
1.2.1. Cuestiones previas.....	9
1.2.2. Inseminación artificial.....	9
1.2.3. Fecundación <i>in vitro</i> e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.....	11
1.2.4. Transferencia intratubárica de gametos.....	12
1.3. Legislación, doctrina y análisis jurisprudencial en materia de reproducción asistida en Italia.....	12
1.3.1. La historia de las TRHA en Italia.....	12
1.3.2. La prohibición de los diagnósticos preimplantatorios (DP).....	13
1.3.3. La limitación del acceso a parejas estériles.....	16
1.3.4. La prohibición de la fecundación heteróloga.....	18
1.3.5. Comparación Italia y España en lo referente a las TRHA.....	19
2. LA FILIACIÓN.....	22
2.1. Concepto y tipos.....	22
2.2. Filiación biológica y no biológica.....	23
2.3. Las parejas homosexuales como nuevo modelo de familia y su filiación.....	28
2.3.1. Tipos de uniones.....	28
2.3.2. La filiación en las parejas homosexuales femeninas.....	31
2.3.3. La filiación en parejas homosexuales masculinas.....	36
3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	38

3.1. Cuestiones previas.	38
3.2. Concepto de gestación por sustitución y sus tipos.	38
3.3. La inscripción en el registro civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.	41
3.4. Legislación española.	42
3.5. Desarrollo jurisprudencial y doctrinal en España.....	47
3.5.1. Pronunciamientos relevantes.....	47
3.5.2. Doctrina surgida por el caso:.....	54
3.5.2.1. Orden Público Internacional:	54
3.5.2.2. El interés superior de los menores:	55
3.6. Legislación, doctrina y análisis jurisprudencial en Italia.....	56
CONCLUSIONES	60
BIBLIOGRAFÍA	62
JURISPRUDENCIA	65

INTRODUCCIÓN

En la actualidad nos encontramos en momentos de continuo cambio, por lo que el Derecho no ha tenido otra opción que proceder a renovarse para ser capaz de integrar todas las innovaciones que van surgiendo, ya sean de carácter social o científico.

Esto se ha hecho patente en varias regulaciones, por un lado, podemos ver como se ha ido alterando el concepto de familia que existía tradicionalmente, debido a la aceptación de la homosexualidad en la concepción social, con el resultado de la Ley 13/2005 de 1 julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En este sentido el TS se ha pronunciado señalando que nuestro sistema familiar actual es plural¹; otro claro ejemplo es el que nos ofrece la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA), una de las más novedosas y permisivas de nuestro entorno; en este mismo sentido, también se han propiciado cambios en materia de filiación, haciendo surgir una nueva forma de entenderla, motivada por las TRHA, lo cual ha llevado a una rotura entre el régimen expuesto en el Código civil, basado en la verdad biológica, y el de la LTRHA, que favorece el valor de la voluntad de ser progenitor.

Gracias a las técnicas de reproducción asistida, se han conseguido ampliar las posibilidades a la hora de afrontar la paternidad, pero siguen existiendo individuos que por problemas médicos o biológicos no puede acceder a la formación de un núcleo familiar con descendencia natural.

En lo referente a estos colectivos ha surgido una nueva “técnica”, la maternidad subrogada, que les concede la posibilidad de salvar los posibles obstáculos que puedan encontrar a la hora de acceder a la paternidad natural, pero se encuentra prohibida por el art. 10 LTRHA. Visto lo cual, a lo largo de este trabajo, se van a exponer las distintas posiciones a la hora de acercarse a la subrogación materna y la realidad en torno a ella.

De la misma forma, también se realizará una modesta comparativa entre el sistema italiano y el español en los temas que nos ocupan, en la que se pondrá de manifiesto la posible influencia de la legislación española respecto de la italiana, siendo la primera un espejo en el que mirarse a la hora de avanzar hacia el futuro de la igualdad entre mujeres y hombres, así como, entre homosexuales y heterosexuales.

¹ Véase FD 3º de la STS 12 de mayo 2011.

1. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA).

1.1. Cuestiones generales sobre la reproducción asistida.

A la hora de hablar de técnicas de reproducción humana asistida, nos estamos refiriendo a todos aquellos tratamientos médicos que persiguen ayudar, transformar o sustituir los procesos que estarían destinados a producirse de forma espontánea en el tracto genital femenino por medio de procesos ginecológicos, con la finalidad de llegar a engendrar una nueva vida. Debiendo especificarse, que en ningún momento se lleva a cabo modificación alguna en el material genético del embrión humano.

En este punto se debe hacer referencia a la primera ley española sobre el tema, la cual destaca por ser una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones de los países de nuestro entorno². Estamos hablando de la Ley 35/1988, de 22 noviembre³, la cual se redactó a causa de la novedad y utilidad de estas técnicas. Esta ley supuso un gran avance tanto científico como jurídico, puesto que, además de ofrecer una solución en casos de infertilidad, también es útil en otros aspectos, tales como la investigación o los diagnósticos preimplantacionales. Así mismo, hay que hacer especial mención al “Informe Palacios”, predecesor de dicha Ley, dado que fue presentado al Congreso de los Diputados en abril de 1986, por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humana⁴, como respuesta a las necesidades del colectivo médico, que carecía de marco jurídico sobre el tema.

La Ley de 1988 estaba pensada para los casos de esterilidad o aquellos en los que la pareja o alguno de los integrantes estuviesen en posesión de una enfermedad genética que pudiese ser transmitida al futuro hijo⁵. Dentro de su articulado, resalta la posibilidad de la mujer de detener el tratamiento en cualquier momento⁶.

² HERRERA CAMPOS, R. “La filiación nacida de las técnicas de reproducción asistida”, en SANCHEZ CALERO, F.J. (coord.) *Curso de Derecho civil IV: Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 261.

³ Es importante señalar, que la Ley de 1988, se enfrentó a un recurso de inconstitucionalidad, cuya resolución, STC 116/1999 de 17 de junio, afirmó la constitucionalidad del grueso de la Ley, lo cual hoy en día sigue siendo relevante, dado que como se mencionará más adelante, nuestra ley actual incorpora gran parte de los preceptos que en ella fueron declarados constitucionales.

⁴ FLORES ANARTE, A., *Las técnicas de reproducción humana asistida en España: ¿mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 74.

⁵ Artículo 1.2 y 3 Ley 38/1988, de 22 noviembre: “2- Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras

En lo referente a las parejas o personas homosexuales, es evidente que, en el articulado de esta ley, no se establece ni se entra valorar nada sobre el tema, algo que resulta comprensible ya que, según la situación temporal y las leyes vigentes, aún no se les habían reconocido los derechos ni el estatus habilitante para ello, dado que ello no tendrá lugar hasta la regulación en materia de matrimonio homosexual⁷.

La citada ley de 1988 fue completada, con posterioridad, por la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, en la que se hacía referencia a la donación y utilización de embriones y fetos humanos, sus células y tejidos humanos.

En el año 2003, ve la luz una nueva ley⁸, que modifica la anterior, cuyo objetivo es solucionar los problemas de la ley predecesora, así como paliar el problema del exceso de preembriones sobrantes. Esta ley de 2003, se caracterizaba por ser excesivamente restrictiva, como se podía observar en su redacción del art. 4⁹, el cual prohibía la fecundación de más de tres óvulos, así como la transferencia de más de tres preembriones en un mismo ciclo reproductivo¹⁰.

Tras todo ello, debido a los avances que fueron surgiendo, se procedió a la derogación de la legislación anterior mediante la promulgación de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA), la cual, busca regular la aplicación de las TRHA acreditadas científicamente y

terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. 3- Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas”.

⁶ Artículo 4 de la Ley 35/1988, de 22 noviembre, en el que se establece que: “La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición”.

⁷ Ley 13/2005 de 1 julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁸ Ley 45/2003, de 21 noviembre por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

⁹ Artículo único Ley 45/2003, de 21 noviembre, por el que se modifica el artículo 4 de la Ley 35/1988 de 22 noviembre: “...el equipo médico analizará la situación de cada mujer o de cada pareja, con el objeto de que... pueda ajustar aquellos aspectos del tratamiento relacionados con la intensidad de la estimulación ovárica, el número de ovocitos que se pretenden fecundar y el número de preembriones que se va a transferir. Para ello se tendrán en cuenta las circunstancias particulares de la mujer, tales como su edad, su historial clínico o las posibles causas de esterilidad. En todo caso, el tratamiento deberá evitar la gestación múltiple, la práctica de la reducción embrionaria y la generación de preembriones supernumerarios. 2- Sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en una mujer en cada ciclo. 3- Se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores...”.

¹⁰ FLORES ANARTE señala, que esta ley, “no solo no satisfizo por completo las exigencias derivadas de las nuevas realidades científicas, sino que estuvo marcada por el carácter excesivamente restrictivo de algunas de sus disposiciones que, de hecho, recibieron duras críticas tanto por parte de la comunidad científica en general como de las Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida”. *ob. cit.* pág. 76 y ss.

clínicamente indicadas, regular su aplicación en la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas, y regular los requisitos y supuestos de utilización, tal y como se declara en su artículo primero¹¹.

Con esta ley se ha intentado superar la limitación de su aplicación a los casos de esterilidad, con lo que estas técnicas, se han ido estableciendo como una forma diversa de acceder a la formación de un núcleo familiar con descendencia. De la misma forma, se intenta crear un sistema más flexible a la hora de aceptar las innovaciones que en este campo se puedan producir, con lo que se pretende que sean más fácilmente incorporadas¹².

Visto todo esto, hay que señalar, que la Ley de 2006 ha recogido gran parte del articulado de la primera ley reguladora de estas prácticas, la Ley de 1988, incluso copiando literalmente algunos de los preceptos en ella expuestos, aun así, es evidente la gran innovación que presenta y recoge la ley posterior.

La LTRHA no ha permanecido inalterada, sino que desde su entrada en vigor, ha sido modificada de forma drástica por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que se encarga de la regulación de la rectificación registral en lo relativo a la mención del sexo de las personas, modificando y redactando el art. 7¹³, por el que se habilita la filiación de doble maternidad por naturaleza, y gracias a la cual, nos encontramos ante una clara evolución a la hora de la práctica de las TRHA en lo que a parejas homosexuales (femeninas) se refiere. Surgiendo en el año 2015 la última reforma hasta la fecha sobre el precepto 7.3¹⁴, siendo eliminado el criterio temporal, que antes se exigía para el acceso de la comadre a la filiación del hijo nacido por medio de estas técnicas.

¹¹ Artículo 1.1 LTRHA: “Esta ley tiene por objeto: a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley. c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados”.

¹² JIMÉNEZ MUÑOZ, señala que, “la Ley de 2006 enumera las técnicas realizables, pero estableciendo un sistema flexible que evita la petrificación normativa”. En la obra *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Editorial Reus S.A., Madrid, 2012, pág. 22.

¹³ Disposición adicional primera de la Ley 3/2007, por la que se añade un tercer apartado al presente artículo de la LTRHA.

¹⁴ Véase la D.F. 5ª Uno Ley 19/2015, por la que se modifica el artículo 7.3 LTRHA.

1.2. La LTRHA.

1.2.1. Cuestiones previas.

En el articulado de la propia LTRHA, se expresa que las técnicas aplicables en España, serán aquellas recogidas en su Anexo, en el que aparecen como permitidas: “1- Inseminación artificial. 2- Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3- Transferencia intratubárica de gametos”. Podemos ver a continuación, como para la aplicación de cualquier otra técnica no recogida en el mismo, se requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente. Así como la competencia atribuida al Gobierno para actualizar dicho anexo. Tal y como recoge el art. 2 LTRHA: “1- Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el art. 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo.

2- La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental.

3- El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada”.

1.2.2. Inseminación artificial.

Para explicar el significado que concierne a dicha técnica, tenemos que buscar su definición originaria, procedente del latín, por la cual, “*in*”, significa dentro, y “*seminare*”, corresponde a semilla, de lo que se deduce que dicha técnica consiste en la introducción del semen en el aparato reproductivo de la mujer, pero de forma

manipulada, para acortar la distancia que los espermatozoides deben recorrer hasta llegar al ovocito¹⁵. Esta técnica es comúnmente conocida por las siglas IA.

Será recomendable el uso de esta técnica además de en casos de disfunción eréctil, en casos de infertilidad masculina, ya que, al concentrar los espermatozoides, se conseguirá que un mayor número de estos alcance la periferia del ovocito.

Dentro de esta técnica encontramos distintos tipos, correspondiéndose a los diversos emplazamientos en los que el semen va a ser depositado dentro del tracto reproductivo femenino, como son: la inseminación intravaginal, la cual va a consistir en la técnica mediante la cual el semen viene depositado en la propia vagina; inseminación intracervical (ICI), siendo en este caso depositado en el cuello del útero; y por último la intrauterina (IUI), semejante a la anterior, pero con la diferencia de que en este caso los espermatozoides son insertados en el útero, siendo este el método más frecuente dentro de la inseminación artificial¹⁶.

Hay que diferenciar dos supuestos, que responden a razón de la procedencia del material genético utilizado, en este caso nos referimos a los espermatozoides, dándose la posibilidad de proceder a inseminaciones homólogas y heterólogas.

La inseminación artificial con semen de la pareja o del cónyuge, es una técnica muy extendida, dentro de las parejas con cierto grado de infertilidad, siempre que no sea absoluta, por la cual el semen del marido es depositado en el tracto reproductor de la mujer.

Por otro lado hay que hablar de la heteróloga (IAD)¹⁷, que es aquella en la cual se utiliza el material genético de un donante diverso del marido, siendo para este caso exigido el anonimato del mismo¹⁸. Dicho donante será seleccionado teniendo en cuenta su adecuación al punto de vista médico, genético y familiar. Exige la ley que se trate de hombre con más de 18 años y con buena salud psicofísica y plena capacidad de obrar¹⁹.

¹⁵ NICOLÁS, M. BALLESTEROS, A. LANDERAS, J. RERNANDEZ, L. VILLAQUIRAN, A.M. MOLLA, M. y RAMOHI, J. "Inseminación artificial", en *Manual práctico de esterilidad y reproducción humana*. Editorial Mc GRAW-HILL/ INTERAMERICANA DE ESPAÑA, Basauri, pág. 142.

¹⁶ TORRES FLOR, A. *Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga*. Arequipa (Perú), Universidad Católica San Pablo, 2014, págs. 68-73.

¹⁷ FLORES ANARTE, A. *ob. cit.* pág. 93.

¹⁸ Véase el artículo 5.5 LTRHA, en el que se establece que: "La donación será anónima...".

¹⁹ Artículo 5.6 LTRHA: "Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio

Este segundo caso es de gran utilidad, especialmente para mujeres solteras o parejas homosexuales (femeninas), puesto que supone un medio para alcanzar la maternidad sin necesidad de un varón.

1.2.3. Fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.

Esta técnica, conocida como FIV, es uno de los tratamientos de mayor aplicación, consistente en la alteración manual por la cual se unen de forma no natural el óvulo y el espermatozoide, en un medio de cultivo, para que se fecunden. Esto se llevará a cabo cuando de forma natural no sucedería ya sea por una disfunción del varón o en la mujer. Este proceso será realizado en una probeta de laboratorio, con la finalidad de proceder posteriormente a insertar el embrión en el útero de la madre, donde llegarían por sí mismos si la fecundación tuviese lugar en las trompas de Falopio. En estos casos, hay que aclarar que se fecundan más de una célula huevo en cada ocasión, con un máximo legalmente establecido, limitado a tres²⁰.

Este tipo de tratamiento no se aconseja en caso de infertilidad grave cuando esta afecte al sujeto masculino. Para estos casos ha surgido una nueva variante de esta técnica, la inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI), por la cual se procederá a una microinyección de un solo espermatozoide en el interior de cada ovocito, ofreciendo las mismas posibilidades de embarazo que la fecundación “*in vitro*” clásica.

De igual forma que sucede con la técnica de la inseminación artificial, nos podemos encontrar con la FIV homóloga y heteróloga. Siendo necesario en ese caso a la hora de considerarla homóloga que, tanto los óvulos como el esperma, proceda del material genético de la pareja que se somete a ella; puesto que, de no ser así, nos encontraríamos ante una fecundación *in vitro* heteróloga.

de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar..., que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia... En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas”.

²⁰ Véase el artículo 3.2 LTRHA, en el que se establece que: “En el caso de la fecundación *in vitro* y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo”.

1.2.4. Transferencia intratubárica de gametos.

En lo que respecta a esta técnica, hay que remitirse a lo establecido en el apartado referente a la inseminación artificial, dado que se corresponde con una de las formas de realización de la misma²¹, por lo que no resulta entendible que en el anexo de la LTRHA²² el legislador haya decidido situarla de forma individualizada en un punto separado.

Esta técnica (TIG) consistirá en el método por el cual, los espermatozoides son depositados directamente en las trompas de Falopio, asegurando con ello una mayor eficacia, dado que se acorta el camino que han de recorrer, eliminando con ello las posibles barreras que puedan aparecer dentro del tracto reproductor femenino, así como se asegura que un mayor número de espermatozoides vayan a llegar a rodear el ovocito, con lo que se aumentan las expectativas de fecundación.

Una vez vista la regulación española, a continuación, se procederá a realizar una pequeña comparativa de nuestra regulación en lo referente a las TRHA, respecto de la normativa italiana. En la que se podrá comprobar cómo en cierta medida el Derecho español ha servido y sigue influyendo, como referente para el desarrollo de la materia de estudio en Italia.

1.3. Legislación, doctrina y análisis jurisprudencial en materia de reproducción asistida en Italia.

1.3.1. La historia de las TRHA en Italia.

A la hora de valorar el sistema legislativo italiano relativo a las TRHA, podemos ver que resaltan importantes diferencias respecto de nuestro sistema nacional.

En primer lugar, para entrar a valorar la legislación italiana, hay que hacer mención a la Ley 19 de febrero de 2004, núm. 40 (en adelante LTRHAI), con la que por primera vez en la historia de dicho país se ha entrado a legislar esta disciplina terapéutica. Tiene como finalidad la resolución de problemas reproductivos, con ocasión

²¹ Véase NICOLÁS, M. BALLESTEROS, A. LANDERAS, J. RERNANDEZ, L. VILLAQUIRAN, A.M. MOLA, M. y RAMOHI, J. *ob. cit.* pág.149.

²² Véase el ANEXO. A.3 de la LTRHA en el que se establece de forma separada la “Transferencia intratubárica de gametos”.

de la esterilidad o infertilidad de la pareja mediante el tratamiento clínico de gametos tanto masculinos como femeninos²³.

Esta ley fue creada debido a la incipiente necesidad ocasionada por la práctica, cada vez más demandada y normalizada de estos tratamientos, por lo que la frecuencia de su uso, fue la que motivó la intervención del legislador italiano²⁴.

Desde el momento de su promulgación, esta ley tuvo serios problemas, debiendo enfrentarse en sus primeros instantes de vida a la proposición de un referéndum popular abrogatorio, el cual fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional italiana, (en adelante CC) , así como a otros cuatro referéndums abrogatorios parciales, que se referían a partes concretas de dicha ley, como fueron la prohibición del diagnóstico preimplantatorio y de la fecundación heteróloga, así como a la limitación de acceso a estos tratamientos a las parejas estériles, como únicos usuarios, los cuales fueron admitidos, y sobre los que se profundizará seguidamente. Debiendo señalar en este momento, que dicha consulta, no obtuvo el efecto deseado, puesto que no alcanzó el quórum mínimo legal.

De los tres planteamientos que fueron aceptados a la hora de celebrar la consulta popular, podemos sacar los tres principales problemas que presenta esta ley, así como las tres notas características que nos permiten comparar el sistema italiano y el español.

1.3.2. La prohibición de los diagnósticos preimplantatorios (DP).

Con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, se trataba de una práctica habitual a la hora de enfrentarse a este tipo de tratamientos, por la que se procedía a un examen de las células del embrión antes de implantarlo en el útero, con lo que intentar

²³ Véase el artículo 1.1 de la LTRHAI, que tiene como función establecer la finalidad que persigue esta ley, se establece que, con la finalidad de favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humana, se consiente el recurso a la reproducción asistida, con las condiciones y siguiendo la modalidad prevista en la presente ley, que asegura el derecho de todos los sujetos involucrados, incluido el concebido. “Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”.

²⁴ BERTI DE MARINIS señala, que “por más que esta Ley sea la primera disciplina normativa en la materia no debe pensarse que con anterioridad a ella no se practicaran esta clase de tratamientos; por el contrario, su frecuencia fue lo que reclamó la intervención legislativa”. En “La jurisprudencia italiana en materia de reproducción asistida”. Recuperado de <http://idibe.org/2015/04/02/la-jurisprudencia-italiana-en-materia-de-reproduccion-asistida/> (Fecha de consulta 09/01/2017). pág. 1

controlar su estado de salud, y principalmente, con el objetivo de poder detectar posibles anomalías.

Al entrar a revisar la ley italiana, podemos observar una serie de contradicciones, las cuales han llevado a la posterior reforma de la misma, puesto que no se prohíbe de forma expresa el llamado DP, sino que, a raíz de algunos de los preceptos en ella recogidos, se da a entender la imposibilidad de su uso.

En un primer lugar, nos encontramos que dentro del art. 13, a la hora de prohibir cualquier experimentación con embriones humanos²⁵, nos da a entender una clara nota sobre la prohibición de manipulación de los embriones, a lo que hay que añadir lo dispuesto en el art. 14, en el cual se prohíbe la crioconservación y la destrucción de embriones²⁶. Además de lo establecido en el punto siguiente, según el cual no se deben crear un número de embriones superior a los estrictamente necesarios para un único implante, por lo tanto tres²⁷. Con todo ello, los tribunales empezaron a entender una clara prohibición de dicho diagnóstico²⁸.

Al mismo tiempo, surge dentro de la propia ley, una puerta que nos abre un posible acceso aceptable al DP, puesto que si atendemos a lo dispuesto en su art. 13.2, vemos que este establece que la investigación clínica y experimental sobre los embriones humanos se consiente con la condición de que se persiga una finalidad exclusivamente terapéutica y diagnóstica unida a la tutela de la salud y el desarrollo del embrión, siempre que no estén disponibles métodos alternativos²⁹. Esto en conjunto con la posibilidad integrada por el art. 14.5, en el que se establece que los sujetos

²⁵ Artículo 13.1 LTRHAI: “È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano”. En el que se muestra “una cierta tendencia a la intangibilidad del embrión”. Véase BERTI DE MARINIS, G. *op. cit.* pág. 2.

²⁶ Artículo 14.1 LTRHAI: “È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194”.

²⁷ Artículo 14.2 LTRHAI: “Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”.

²⁸ La sección civil 1ª del Tribunal de Catania, en fecha 3 de mayo de 2004, interpretó las disposiciones de los artículos 13 y 14 LTRHAI, como una implícita prohibición de diagnóstico preimplantatorio.

²⁹ Artículo 13.2 LTRHAI: “La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative”.

autorizados de los que se habla en el art. 5³⁰, tienen el derecho de ser informados del número y el estado de salud de los embriones producidos y los que se vayan a transferir en el útero³¹.

Al surgir esta discordancia, el Ministerio de Sanidad, por Decreto 21 de julio de 2004, decide adoptar unas *Linee guida*³², las cuales le vienen atribuidas y están definidas en el art. 7.1 LTRHAI, en el que se establece que el Ministerio de la Salud, por decreto y en los tres meses de la entrada en vigor de la ley, ha de establecerlas, conteniendo indicaciones del procedimiento y las técnicas.

Con las *Linee guida* de 2004 se prohíbe cualquier tipo de DP con finalidades eugenésicas, y además señalan que los médicos podrán realizar estudios sobre la salud del embrión de forma *osservazionale*, es decir, siempre que no afecten de forma invasiva a los embriones³³. A pesar de ello, se presentó una cuestión de constitucionalidad³⁴, la cual fue declarada inadmisibile por vicios de procedimiento³⁵.

Dado que la CC no entró a conocer sobre el tema, los Tribunales de Instancia empezaron a dictar decisiones por las que se permitía a los padres acceder a la técnica del DP, y en consecuencia la posibilidad de que se implanten solo los embriones que resultasen estar sanos³⁶. Con todo ello, el Ministerio de Sanidad, tuvo que dictar unas nuevas *Linee guida*³⁷ en 2008, en las que no aparecen las limitaciones que con anterioridad surgían en torno a la obligación de la sola investigación *osservazionale*.

³⁰ Artículo 5 LTRHAI: “Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

³¹ Artículo 14.5 LTRHAI: “I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero”.

³² Artículo 7.1 LTRHAI: “Il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita”.

³³ Véanse las “Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita”, adoptadas por el Ministerio de Sanidad por Decreto de 21 julio 2004. pág. 18.

³⁴ Véase la Ordenanza núm. 5026 de la sección civil del Tribunal de Cagliari de 16 de julio 2005. En la que se argumenta que, a raíz del articulado de la LTRHAI, se puede entender una clara prohibición del DP, lo cual sería contrario a los artículos 2, 3 y 32 de la Constitución italiana, que versan sobre el principio de tutela integral de la persona, el de igualdad y la tutela de la salud respectivamente.

³⁵ Véase la “Ordinanza” n. 369 de la Corte Constitucional de 24 octubre 2006, pág. 5. En la que se declara la manifiesta inadmisibilidad de la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 13 LTRHAI.

³⁶ Véase la Sentencia del Tribunal de Cagliari de 24 septiembre de 2007. Pág. 11. Por la que se reconoce a unos padres tanto el derecho de acceso al DP, incluso cuando se utilizasen técnicas invasivas, por lo tanto, ya no solo las “osservazionale”, así como la posibilidad de que solo fuesen implantados los embriones que resultasen estar sanos.

³⁷ Véanse las “Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita”, adoptadas por el Ministerio de Sanidad por Decreto de 11 abril 2008. pág. 17.

Nuevamente tras un recurso a la CC, en el que esta sí llega a entrar a valorar sobre el fondo de la reclamación³⁸, en su resolución, aunque no legitima expresamente el DP, declara inconstitucional el art. 14.2 antes mencionado; basándose en que, mediante lo establecido en el mismo, se obligaba a la mujer a someterse a varios ciclos de hormonación, lo cual es evidentemente perjudicial y molesto para su salud, puesto que cada vez que se procedería al uso de las TRHA, debería extraérsele nuevos óvulos.

1.3.3. La limitación del acceso a parejas estériles.

Desde este aspecto del estudio legal, la ley italiana resulta muy restrictiva, puesto que como expone su art. 5, solo pueden acceder a las técnicas de procreación médica asistida las parejas mayores de edad, de sexo diverso, casadas o convivientes, en edad de procreación fértil y que ambos estén vivos³⁹, y especialmente en lo que respecta al art. 4.1, en el que se dispone que el recurso a dichas técnicas esta consentido solo cuando esté clara la imposibilidad de salvar de otra forma las causas que impiden la procreación, y por tanto se haga referencia a causas de esterilidad o enfermedad documentada⁴⁰.

Con lo expuesto en la ley, queda claramente establecido quienes son los sujetos habilitados para optar a dicho tratamiento, con lo que se imposibilita el acceso a parejas fértiles, a la hora de optar por TRHA, siendo ello extensible a aquellas situaciones en las que la pareja fértil sea portadora de enfermedades genéticas que sean transmisibles, para las cuales solo podría evitarse la transmisión si a través del acceso a un DP se seleccionara e implantase únicamente los embriones sanos⁴¹.

En las *Linee guida* del Ministerio de salud de 2008, podemos ver, como se establece una limitada apertura, posibilitando el acceso a aquellas parejas que posean

³⁸ Véase la Sentencia de la Corte Constitucional, núm. 151 de 8 de mayo 2009. Por la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 14.2 LTRHAI, en lo referente a la obligación de que el médico desarrollase la técnica con un número máximo de tres embriones, los cuales debían ser transferidos en un único implante.

³⁹ Artículo 5 LTRHAI: “Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

⁴⁰ Artículo 4.1 LTRHAI: “Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”.

⁴¹ BERTI DE MARINIS, G. *ob.cit.* pág. 6.

unas enfermedades determinadas que se transfieran por vía sexual, como son el caso del VIH, hepatitis B y C⁴².

Por el contrario, en los demás casos, en los que nos encontremos con una pareja fértil sana pero que pueda transferir la enfermedad o que se salgan de estos tres tipos de enfermedades, no se contemplan.

Una vez advertido esto, la doctrina empieza a atisbar una clara lesión del principio de igualdad, dado que, a las parejas estériles y portadoras de enfermedades transmisibles se les permite acceder al DP, mientras que se les niega a las fértiles sanas portadoras de las mismas enfermedades. En este caso, se han dictado sentencias, según las cuales, una pareja no estéril, ni infértil, portadora sana de una enfermedad, que podía ser transmisible a su descendencia, haya podido acceder a la reproducción asistida⁴³. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante TEDH), llegó a resolver que la normativa italiana era contraria al art. 8 CEDH⁴⁴, en el que se reconoce el derecho a la propia vida privada y familiar, al prohibir dicha legislación el acceso a la reproducción asistida a parejas fértiles portadoras de enfermedades que fuesen transmisibles⁴⁵. Debiendo especificar, que con ello no se obliga al Estado italiano a hacer compatible su Derecho, es decir a modificar su legislación para que sea acorde a los principios del CEDH, sino que abre la posibilidad de que los propios jueces, a la hora de entrar a conocer sobre estos supuestos, tengan en consideración el citado pronunciamiento.

⁴² Para más información véanse las “Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita”, adoptadas por el Ministerio de Sanidad por Decreto 11 de abril 2008, pág. 6.

⁴³ Véase la Sentencia núm. 191 del Tribunal de Salerno de 9 enero 2010, pág. 3. En la que se admite la posibilidad de acceso a la reproducción asistida a una pareja, cuyos miembros no eran ni estériles ni infértiles, pero sí portadores de una atrofia muscular espinal, la cual podía ser transmitida al hijo.

⁴⁴ Artículo 8 CEDH: “1- Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2- No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴⁵ STEDH, sección segunda, núm. 72, en el caso Costa y Pavana contra Italia, de 28 agosto 2012, siendo este confirmado por la Grande Chambre en Sentencia 11 febrero 2013. En la que se pone de manifiesto la falta de lógica dentro de la normativa italiana, puesto que en el caso de padres fértiles que posean alguna anomalía transmisible al feto, sólo tendrían la opción del desarrollo del diagnóstico prenatal, y en caso de que estas se hubiesen transmitido, proceder al aborto por indicación médica. Con lo que se entiende una clara intromisión del estado en la vida privada y familiar, siendo esta intromisión en el ámbito familiar desproporcionada por lo irracional del sistema normativo. A lo que el Dr. BERTI DE MARINIS, G., en su obra “La jurisprudencia italiana en materia de reproducción asistida”, apunta que “habría que revisar el concepto mismo de infertilidad, que no puede limitarse a englobar los casos en los que materialmente es imposible la procreación natural, sino también todos aquellos en los que la pareja, aun siendo biológicamente fértil..., no se encuentre en condiciones prácticas de poder procrear”.

1.3.4. La prohibición de la fecundación heteróloga.

Este principio, viene específicamente enunciado en la LRTHAI, en su art. 4.3, estableciendo que está prohibido el recurso a técnicas de procreación medicamente asistida de tipo heteróloga⁴⁶; según lo que se prohíbe usar material genético diverso al de la pareja, a la hora de crear embriones, es decir, tanto los óvulos como los espermatozoides empleados en el proceso, han de proceder de sendos miembros de la pareja.

En lo referente a este punto, han sido numerosos los casos en los que los ciudadanos de países con regulaciones similares, han recurrido al TEDH⁴⁷, con la finalidad de que este órgano entrase a conocer sobre el tema, optando este por el reconocimiento a cada Estado miembro de un margen autónomo de apreciación, no adoptando una orientación homogénea de los respectivos ordenamientos⁴⁸.

Una vez advertido todo esto, se propone a la CC, la inconstitucionalidad del citado precepto 4.3 de la LRTHAI, por los tribunales de Florencia, Catania y Milán, la cual se pronuncia declarando la inconstitucionalidad de dicho precepto⁴⁹, por entenderse que antes de la entrada en vigor de la LRTHAI, ya se practicaba el acceso a técnicas heterólogas, así como entender que se encontraba ante un tratamiento discriminatorio respecto a las parejas en las que existía una esterilidad grave, dado que en esos casos, con su propio material genético, tenían la imposibilidad de engendrar, aun accediendo a tratamientos de reproducción asistida.

⁴⁶ Artículo 4.3 LRTHAI: “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”.

⁴⁷ Sentencia TEDH, sección primera, núm. 56, en el caso S. H. AND OTHERS contra Austria, de 1 abril 2010, revocada por la Grande Chambre en Sentencia de 3 marzo 2011. En ella se reconoce el recurso presentado por dos parejas de nacionalidad austríaca, en el que sostenían que la parcial prohibición a la fecundación heteróloga, era contraria al artículo 8 CEDH en relación con el artículo 14 CEDH, sobre el derecho al respeto de la vida personal y familiar, y la prohibición de discriminación respectivamente, fundada en la disparidad de tratamiento.

⁴⁸ STEDH, núm. 57813/00, de 3 noviembre 2011, en la que la Grande Chambre revoca la STEDH, de 1 abril 2010, (a la que se ha hecho referencia anteriormente). En la que se reconoce que, aunque el derecho de acceso a las TRHA es una manifestación del principio de libertad personal y familiar, reconocido por el art. 8 CEDH, no considera que la intromisión del estado austríaco fuese desproporcionada, atendiendo al “margen de apreciación de cada Estado”. De acuerdo con esta doctrina, decide reconocer a los Estados miembros un margen autónomo de apreciación sobre las materias con componentes éticos y morales.

⁴⁹ SCC núm. 162 de 8 junio de 2014. Por la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 4.3 LRTHAI.

1.3.5. Comparación Italia y España en lo referente a las TRHA.

Visto lo anterior, podemos observar claras distinciones entre la LTRHA y la LTRHAI, siendo en este último caso alterada la aplicación de dicha ley por la jurisprudencia, la cual ha ido supliendo las carencias normativas en esta materia siguiendo las directrices señaladas por la doctrina, con lo que se han acercado en cierto modo las posturas de ambos países a la hora de enfrentarse la fecundación asistida.

Tras estas modificaciones, que como hemos podido ver han sido bien jurisprudenciales⁵⁰, o bien a través de pronunciamientos del tribunal constitucional italiano, la ley italiana se ha ido asemejando en cierta forma a nuestra ley nacional, dado que en el tema del DP se ha suprimido la prohibición de su uso, mientras que en España desde un primer momento, se ha regulado con un mayor grado de aceptación y aperturismo a la hora de la aplicación de dichos diagnósticos⁵¹.

En lo referente al uso de las técnicas heterólogas, hemos podido ver como de la misma forma, y por los mismos cauces, se ha llegado a la supresión a la prohibición que en un principio se enfrentaba, cosa que en el plano español, nunca ha hecho falta, puesto que ninguna de las leyes reguladoras del tema, han vetado su utilización. Y en lo referente a la limitación del acceso a las parejas estériles, en Italia se ha ampliado la posibilidad de su acceso a parejas que aun siendo fértiles, sean portadoras de enfermedades que puedan ser transmisibles al feto, mientras que en España, se ha dado una gran apertura desde un primer momento, dado que aunque la ley de 1988 las veía

⁵⁰ A las cuales hace referencia BERTI DE MARINIS, G., apuntando que “De las consideraciones hechas parece deducible que la disciplina de la reproducción asistida prevista en la Ley de 2004 ha sufrido importantes modificaciones por parte de la jurisprudencia, que ha desdibujado progresivamente gran parte de los elementos característicos de la regulación italiana”. *ob. cit.* pág. 12

⁵¹ Artículo 12 LTRHA: “1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectados para su transferencia. b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. La aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional en estos casos deberá comunicarse a la autoridad sanitaria correspondiente, que informará de ella a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. 2. La aplicación de técnicas de diagnóstico preimplantacional para cualquiera otra finalidad no comprendida en el apartado anterior, o cuando se pretendan practicar en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso”.

como el remedio a una patología, también dejaba en el aire la posible licitud de su uso en otros casos⁵².

Además, tras la reforma llevada a cabo en 2007 en España, se ha integrado la posibilidad de que el colectivo homosexual pueda acceder a dichos tratamientos, con la consiguiente aceptación de su determinación como padres legales en lo relativo a la filiación de los menores. A diferencia de lo ocurrido en Italia, donde se da a entender la prohibición en relación con su acceso a las TRHA, en su art. 12.2⁵³.

Esto se puede deber a que la ley italiana que establece la legalidad de las uniones entre personas del mismo sexo⁵⁴ es de reciente creación, por lo que es comprensible que sus efectos no hayan impregnado otros niveles normativos, como el que nos ocupa. Lo cual puede ser previsible que ocurra, puesto que, si observamos nuestra propia historia legislativa, fue con posterioridad a la creación de nuestra ley que permite el matrimonio homosexual, cuando se han dado varios avances legislativos en lo que a este colectivo respecta. Por lo tanto, nos puede servir como una premonición del futuro legislativo italiano, en el que ya se han dado algunos pasos en este sentido, al haber abierto la posibilidad de su acceso a la adopción y el acogimiento de menores, a través del art. 14.2 de la Ley de 20 mayo de 2016⁵⁵, en la que se les ofrecen las mismas condiciones que a las parejas heterosexuales.

En lo referente a las personas solteras que también encuentran ese veto, pero esta vez de forma indirecta, en el ya citado art. 5⁵⁶, solo cabe esperar que en un futuro cercano, se les amplíe el acceso a las TRHA, de la misma forma que en nuestro sistema lo tienen garantizado, evitando así una posible discriminación.

En el campo de las sanciones que puede conllevar el incumplimiento de los preceptos de las respectivas leyes de reproducción asistida vemos una clara diferencia

⁵² FLORES ANARTE señala que “la Ley española reconocía la existencia de una pluralidad de modelos de familia..., sin embargo, este reconocimiento se tornaba ambiguo y contradictorio, pues al mismo tiempo se definían las TRA como medio médico para hacer frente a una determinada “patología”, tal y como era considerada la esterilidad, quedando en el aire la licitud de la utilización de la reproducción asistida fuera de este supuesto”. *ob. cit.* pág. 75

⁵³ Véase el artículo 12.2 LTRHAI: “... composte da soggetti dello stesso sesso...”. Se señala expresamente la sanción administrativa a la que se enfrentarían en caso de acceder a las TRHA parejas del mismo sexo.

⁵⁴ Legge 20 maggio 2016, n. 76. “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”. (Ley del matrimonio homosexual en Italia).

⁵⁵ Artículo 14.2 Legge 20 maggio 2016, n. 76: “Le parti dell’unione civile possono chiedere l’adozione o l’affidamento di minori ai sensi delle leggi vigenti, a parità di condizioni con le coppie di coniugi”.

⁵⁶ Véase artículo 5 LTRHAI. En el que de forma tácita los excluye.

entre los dos cuerpos normativos, dado que en el español se especifica la existencia de tres tipos de sanciones, establecidas estas como leves, graves y muy graves⁵⁷, incorporándose en el precepto siguiente las sanciones que acarrearán, mientras que en el texto italiano, en su art. 12, directamente se entra a establecer las sanciones establecidas legalmente.

⁵⁷ Véase el artículo 26 LTRHA, en el que se especifican las infracciones dependiendo de su gravedad.

2. LA FILIACIÓN.

2.1. Concepto y tipos.

Por filiación, se entiende la condición que a una persona concede el tener a unos progenitores concretos, así como el vínculo que se establece entre un hijo y sus padres.

Ha sido muy extendida la concepción social que señala la equiparación de la filiación natural con la biológica, estableciéndose que todos tenemos un padre y una madre biológicos. Lo que se resume en el hecho biológico de que una persona haya sido engendrada por otra, derivándose de ello consecuencias jurídicas una vez sea determinada la relación jurídica de filiación⁵⁸.

Atendiendo a lo dispuesto en el Código Civil, (en adelante Cc.), podemos ver que se diferencian dos clases de filiación, estableciéndose en su art. 108 que: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Según este precepto, solo sería posible entre parejas heterosexuales, compuestas por un padre y una madre, dejando fuera a las parejas formadas por dos individuos del mismo sexo.

⁵⁸ No existe una definición unánime de filiación, por lo que, dependiendo de cada autor, podemos encontrar definiciones diferentes, pero con puntos en común. Por ejemplo, entre otros, en palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, la filiación, “es el vínculo que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo. Este vínculo tiene una dimensión biológica, derivada del hecho de la generación, y, ligada a esta una dimensión jurídica. La dimensión biológica es la más radical, pero, sobre todo en el caso de la paternidad, la menos evidente, lo que hace que habitualmente pase a primer plano la jurídica; esto permite afirmar que la filiación es el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo”. Tal y como podemos leer en la obra en la que es coord. *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Editorial Constitución y Leyes S.A., Madrid, 2013, pág. 301.

De la misma forma, REYES LÓPEZ, por su parte, afirma que: “la filiación se caracteriza porque establece un vínculo entre la persona y su progenitor o progenitores por el hecho de la generación. Esta relación encuentra su fundamento en primer lugar en el hecho biológico de la procreación, sin embargo, este hecho no siempre se corresponde con el jurídico que amplía su esfera a situaciones que van a producir efectos similares en la esfera del derecho”. Visto en, “La filiación”, en la obra DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.). *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 273.

Sobre ello, me parece interesante rescatar el comentario de DIEZ-PICAZO Y GULLÓN⁵⁹, apuntando que “biólogicamente la afirmación de que A es hijo de B o que B es padre/madre de A, significa que B ha tenido una autoría en la procreación de A. Sin embargo, jurídicamente las cosas no son tan simples”.

Podemos observar en lo que respecta a dicha concepción, que ha sido totalmente superada tanto por la ciencia como por el mismo Derecho, con el desencadenante de la introducción de las Técnicas de Reproducción Asistida, aparecen los padres de los que fehacientemente es sabido que no lo son biológicamente.

A razón de la reforma efectuada respecto del Cc en 2005⁶⁰, las personas y parejas homosexuales, ya cuentan con la equiparación legal de sus derechos y obligaciones respecto de las parejas heterosexuales.

2.2. Filiación biológica y no biológica.

En lo que respecta a este estudio doctrinal, dentro de los tipos de filiación, vamos a fijar nuestra vista en dos variantes, como son la filiación biológica y la no biológica.

En primer lugar, se plantea el problema de que ambos conceptos no han sido definidos de forma uniforme ni por el legislador, ni por la jurisprudencia o doctrina. Y según ello, a la hora de acercarnos para proceder a su estudio, podemos hablar de una cierta oscuridad en torno a ambos conceptos, lo cual posibilita la aparición de un nuevo punto de vista en el campo de la filiación, según el cual, debería hablarse de tres tipos y no solamente en los dos actuales que aparecen en nuestro ordenamiento⁶¹.

Llegados a este punto, hay que considerar que además de la filiación por naturaleza y la adoptiva, aparece una nueva ligada a las TRHA⁶² que se encontraría en

⁵⁹ Véase DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de familia y Derecho Sucesorio*. Editorial Tecnos, Madrid, décima edición, 2006, pág. 225.

⁶⁰ Alusión a la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

⁶¹ Véase el artículo 108 CC, en el que se establece que: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción...”. Cuya redacción, según DE VERDA Y BEAMONTE, “hay que completarla con la LTRHA, que permite que consten como progenitores por naturaleza los que biológicamente no lo son”, *ob. cit.* pág. 274. Dándose el caso de la existencia de dos padres o dos madres, tal y como reconoce la STS 2676/2011 de 12 mayo.

⁶² BARBER CÁRCAMO, señala que esto, “no puede entenderse sino como un nuevo título de determinación de la filiación, ligado a la voluntad, pero esencialmente distinto al reconocimiento”. “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR*, núm. 8, diciembre de 2010, pág. 29.

un punto intermedio entre ambas, dado que por su utilización y manejo, se ha tratado de asemejar a la biológica o por naturaleza, en la medida de lo posible, mientras que entrando a considerarla, vemos que tiene más en común con la adoptiva⁶³, puesto que en la mayoría de los casos uno o ambos de los llamados padres, no son los que prestan el material genético.

Una vez visto cómo la filiación no biológica, la que surge por el empleo de TRHA en los casos en los que nos encontremos ante un tratamiento realizado de forma heteróloga y por tanto parte del material genético proceda de donantes, se ha asemejado a la biológica, surge el problema de que en lo que se refiere a las TRHA, la verdad biológica, es decir, aquella que nos proporciona el material genético utilizado a la hora de proceder a la fecundación, se ve sustituida por la voluntad de quien resulta querer ser padre, tratándose así de una filiación legal⁶⁴. Por tanto, a la hora de ser tratadas ambas como filiación natural, hay que señalar que estas son excluyentes, puesto que una vez que se da el acceso a las TRHA, la verdad biológica, no es relevante para el derecho, ya que entra en juego el carácter volitivo de la persona o personas, es decir, la voluntad de aquellos que acceden a estos tratamientos para ser padres. Pero aún así, para nuestro Derecho, ambas comportan los mismos efectos jurídicos, por lo que a la hora de hablar de filiación no biológica, se le hacen extensibles los efectos propios de la biológica o natural⁶⁵.

Una vez destacado esto, podemos entrar a valorar los distintos sujetos que pueden aparecer en los casos de TRHA:

- En primer lugar, podríamos identificar la figura que según el Derecho, tiene una posición clara y evidente, como es la de la madre biológica; sobre ella, se ha establecido una posición unánime en la que se afirma que la

⁶³ Ante ello, BARBER CÁRCAMO, apunta que: “A mi entender, un error no se resuelve con otro. Desde un punto de vista de estricta técnica jurídica, forzar la filiación natural hasta dejarla irreconocible por satisfacer la que se denomina paternidad (o maternidad) de deseo, genera muchos más problemas que resuelve. La voluntad como fuente de filiación (mediata o inmediata) encuentra lógica acogida, desde un punto de vista de sistema, en sede de adopción, y hacia ahí debe reconducirse”. *La filiación en España: Una visión crítica*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, S.A., Navarra, 2013, págs. 143 y 144.

⁶⁴ En palabras de BARBER CÁRCAMO, “la determinación de esta filiación, aun reconducida a los mismos títulos fijados en el Código civil, se liga a una manifestación de la voluntad conforme al sometimiento a dichas prácticas, y no a la verdad biológica”. *Ibidem*. pág. 39.

⁶⁵ Véase en la STS 5765/2013 de 5 diciembre el F.D. 3º apartado número 3.

madre es la que sufre el parto⁶⁶, es decir, la que da a luz al hijo, con independencia de que a la hora de la concepción del neonato se hayan usado TRHA, y por ello no comparta su material genético, dado que no sea la generadora de los óvulos utilizados en el proceso.

Inclusive en el caso de subrogación materna, en el que el legislador, ya lo ha establecido en el art. 10. 2 LTRHA⁶⁷. Por lo que, la madre legal siempre será aquella que ha dado a luz, no siendo relevante la procedencia del material genético utilizado.

- El llamado padre legal. La ley especifica que el padre será aquel que de su consentimiento informado a la hora de que la mujer, en el caso de matrimonio, o la pareja de hecho, acceda al uso de las TRHA.

Como es sabido, en la filiación por naturaleza, en lo que respecta al padre, se establece una presunción *iuris tantum* por las leyes civiles⁶⁸, a las que la propia LTRHA se remite a la hora de considerar al padre del neonato. El art. 116 Cc⁶⁹ señala que serán hijos del marido los que nazcan tras la celebración del matrimonio y antes de trescientos días de la disolución del mismo, y en el caso de que no sea matrimonial, habrá que estar a lo previsto en el art. 120 Cc⁷⁰. Por lo tanto, a la hora de proceder a la filiación asistida, se han de usar las normas aplicables para la filiación natural, puesto que la propia LTRHA se remite directamente a ellas.

- La cónyuge de la madre, o comadre. En este caso, para que se reconozca la filiación, el legislador ha introducido en el articulado de la propia

⁶⁶ A lo que BERCOVITZ RODRÍGEZ-CANO, se suma, haciendo alusión, a que “será el parto el que determine en todo caso la filiación...”. (Coord.), *Manual de Derecho civil: Derecho de familia*, Editorial Bercal, Madrid, 2007, pág. 221.

⁶⁷ Artículo 10. 2 LTRHA: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por parto”.

⁶⁸ Véase el artículo 7.1 LTRHA, en el que se establece que: “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.

⁶⁹ Artículo 116 Cc: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

⁷⁰ Artículo 120 Cc: “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. 2º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 3º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 4º Por sentencia firme. 5º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”.

ley reguladora de las TRHA, un apartado en el que se ocupa del tema, art. 7.3 LTRHA⁷¹, estableciendo los tres requisitos legales necesarios para que la pareja homosexual de la madre, pueda llegar a convertirse en comadre, siendo estrictamente necesario para ello que el hijo haya nacido a través de la intervención de TRHA, la existencia de un matrimonio precedente entre la madre gestante y la declarante, y el requisito temporal de que la declaración registral que se exige sea efectuada con posterioridad a la celebración del matrimonio y anteriormente al nacimiento del hijo. Este último apartado, que establece el requisito de temporalidad, ha sido eliminado con la modificación sufrida en 2015⁷², y por lo tanto se abre la posibilidad de que la cónyuge de la madre, pueda acceder al reconocimiento de la maternidad del hijo nacido por el uso de TRHA en cualquier momento.

Por tanto, tal y como señala el Voto Particular de la STS de 15 enero de 2014, se nos plantea un nuevo título de determinación de la filiación⁷³, el cual solo será aplicable si se cumplen los requisitos anteriormente expuestos.

- En lo que respecta al donante, se puede atender tanto al hombre que dona el semen, así como la mujer donante de óvulos, los cuales en todo momento han de ser anónimos, como así lo requiere la ley⁷⁴. De no ser así, centrándonos en el donante de semen, se estaría hablando de otro supuesto distinto, estaríamos hablando de un progenitor, con lo que obtendría todos los derechos y obligaciones que ello comporta⁷⁵. Este es el motivo por el que se ha

⁷¹ Artículo 7.3 LTRHA: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. El cual fue introducido tras la reforma efectuada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo. A lo que hace referencia BARBER CÁRCAMO, apuntando que el distanciamiento de la verdad biológica se ha extremado tras la modificación operada en la Ley 14/2006”. *ob. cit.* pág. 39.

⁷² Véase la D.F. 5ª Uno Ley 19/2015, por la que, “Se modifica la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los siguientes términos: Uno. Se modifica el apartado 3 del artículo 7, que queda redactado del siguiente modo: «3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.»”.

⁷³ Véase en la STS 608/2014 de 15 enero, el Voto Particular, apartado 6º. pág. 9.

⁷⁴ Véase el artículo 5.5 LTRHA: “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”.

⁷⁵ Véase el artículo 6.5 LTRHA, que establece que: “En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico

optado por la donación anónima en todo caso, para lo cual, el donante ha de firmar un contrato, del cual se habla en el art. 5.1 LTRHA⁷⁶.

En el caso de que sea revelada necesariamente su identidad⁷⁷, poniéndose al descubierto el verdadero padre biológico, en la propia LTRHA, ya se ha regulado este supuesto de forma que no tendrá relevancia alguna a la hora de establecer legalmente su paternidad⁷⁸, tal y como se señala en art. 8.3 LTRHA⁷⁹, puesto que no implicará su determinación legal de filiación.

Con todo esto, podemos observar que nos encontramos ante un tema mucho más controvertido de lo que en un primer momento puede preverse, surgiendo la posibilidad de que los padres legales establecidos por el derecho, no necesariamente coincidan con los propietarios del material genético utilizado. Ello supone que, en algunas ocasiones, el carácter volitivo acaba ganando terreno a la verdad biológica⁸⁰, gracias a la LTRHA.

Por todo ello, no se puede hacer una clara distinción entre los elementos “biológico” y “no biológico”, puesto que, con este cambio de rumbo ofrecido gracias a la introducción de las TRHA, los que en el pasado podían ser considerados como padres biológicos, ya no son relevantes en este punto, puesto que el origen del material genético utilizado a la hora de la fecundación de los gametos, no aporta nada relevante a la hora de determinar la filiación de los hijos.

correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora”.

⁷⁶ Artículo 5.1 LTRHA: “La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado”.

⁷⁷ Véase el artículo 5.5 LTRHA, en el que se establece que: “...Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

⁷⁸ BERCOVITZ RODRIGEZ-CANO, apunta que: “Aunque concurriese el supuesto excepcional y extraordinario en que se puede revelar la identidad del donante, y efectivamente se revele y con ello sea conocido el verdadero progenitor biológico, en ningún caso podría quedar determinada legalmente su paternidad”. *ob. cit.* pág. 221.

⁷⁹ Artículo 8.3 LTRHA: “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”. A ello hace referencia MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALCARAZ, señalando que la previsión del citado precepto “...es, en sí misma, contraria con la literalidad del art. 39 CE., en la medida en que establece que la ley posibilitará la investigación de la paternidad, investigación impedida por el precepto indicado”. *ob. cit.* pág. 346. A lo que se suma DE VERDA Y BEAMONTE señalando además el reconocimiento por el TC de la constitucionalidad de este precepto, por equivalencia a la ley anterior, a través de la ya citada STC116/1999 de 17 junio. *ob. cit.*

⁸⁰ Véase CALLEJO RODRIGUEZ, C. “La llamada doble filiación por naturaleza: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”. *Diario La Ley*, núm. 8240, 2014, pág. 2.

2.3. Las parejas homosexuales como nuevo modelo de familia y su filiación.

2.3.1. Tipos de uniones.

Comenzaremos trazando una breve indicación al respecto del estudio del término de parejas homosexuales, el cual podría ser definido, de acuerdo con lo que las leyes civiles establecen, como aquella unión afectiva y social en la que ambos miembros son sujetos del mismo sexo.

Se observan dos vertientes con respecto al tema, por un lado, aparecen los matrimonios homosexuales, y por otro las uniones de hecho.

A la hora de referirnos a los matrimonios homosexuales, en primer lugar, podemos ofrecer una reciente definición, adoptada por la RAE, a la hora de describir el concepto de matrimonio como tal, compilando en su segunda acepción de matrimonio, la siguiente definición: “En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”.

Desde el punto de vista normativo, hay que hacer especial mención a la norma que ha posibilitado el desarrollo de las uniones entre parejas del mismo sexo, tratándose este hecho de una variación social sin precedentes en nuestro sistema. Antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 julio, por la que se modifica el Código Civil, en materia de derecho a contraer matrimonio, este colectivo no veía reconocidos sus derechos como pareja, del mismo modo que los ostentaban las parejas heterosexuales.

Dicha norma, en su artículo único, modifica, reescribe o añade un conjunto de preceptos civiles, entre ellos, el art. 44 Cc, el cual pasa a enunciar, que: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Ello nos lleva a una equiparación absoluta de los matrimonios homosexuales y los heterosexuales, sin que sea contraria a la Constitución Española (en adelante, CE). También se ha optado por sustituir en el articulado civil los términos de “marido y mujer”, pasando a ser enunciados con los términos igualitarios de “cónyuges o consortes”⁸¹.

⁸¹ Véanse los artículos 116, 117 y 118 CC, en los que se ha procedido a la mencionada reforma para la utilización de términos igualitarios.

Por otro lado, nos tenemos que ocupar de las uniones de hecho, dado que en el momento actual en el que nos encontramos, las uniones de libre convivencia, son un aspecto que se encuentra a la orden del día, consistiendo dicha realidad en una convivencia comparable a una especie de matrimonio⁸². Se trata de situaciones más o menos provisionales carentes del estado civil de casados, sobre la que la sociedad ha formado una ideología, con la cual, se han ido aceptando en mayor o menor término dichas uniones.

En lo referente a dichas uniones, respecto del tema objeto de este trabajo, es decir el colectivo homosexual, PÉREZ UREÑA, señala que: “La realidad social imperante, permite que en el concepto de “unión de hecho” se incluyan aquellas uniones conformadas por miembros homosexuales (gays o lesbianas)”⁸³. Entendiendo que dado que tienen reconocida la posibilidad de acceso a la institución del matrimonio, en un sentido lógico, al mismo tiempo se les habilitaría la posibilidad de acceder a las uniones de hecho⁸⁴.

⁸² Véase GONZÁLEZ PORRAS, J.M. “Convivencia matrimonial de hecho: parejas no casadas”. en SANCHEZ CALERO, F.J. (coord.) *Curso de Derecho civil IV: Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 213.

⁸³ Véase PÉREZ UREÑA, A.A. “La adopción por las uniones de hecho: su necesaria regulación”. *Diario La Ley*, núm. 1799/2006, pág. 1

⁸⁴ Hay que advertir que el artículo 39.1 CE, trata la obligación de los poderes públicos de procurar la protección social, económica y jurídica de la familia, por lo que se puede interpretar dicho precepto en un sentido amplio, dado que no establece una modalidad de familia determinada, según lo cual, atendiendo al momento actual, debería incluirse las uniones de hecho compuestas por sujetos del mismo sexo. También hay que resaltar la Proposición de Ley para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, presentada por Parlamento Navarro, en la cual se expone “la equiparación al cónyuge de las personas que convivan en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual”, que con posterioridad una vez aceptada se convirtió en la Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en la cual podemos encontrar como en su artículo primero, “... nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual”, sobre el principio de no discriminación, en el cual se hace referencia a la orientación sexual, así como en los artículos siguientes en los que se ve como no es importante la orientación sexual a la hora de formar la pareja de hecho, como el artículo 2 Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, “... se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual...”.

El Código civil catalán, en su artículo 235-13.1, establece que, “Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la han consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público” con independencia de que la pareja esté casada o no. De la misma forma, es de resaltar, puesto que dentro de su ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, se establece un apartado específico para las uniones de hecho entre homosexuales, en el cual, en su artículo 19, se establece que, “Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista”.

En el ámbito de nuestra CA, en el artículo 2 del Decreto 30/2010, de 14 de mayo por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja, así como en el posterior Decreto 10/2013 de 15 de marzo por

Con todo esto, aún no se ha llegado a establecer una ley a nivel nacional, que defina y trate las uniones de hecho, sino que las distintas CCAA son las que han ido estableciendo en sus propias leyes y dentro de sus competencias dichas prácticas. A pesar de que no contemos con una ley estatal que las regule, se pueden dar algunas notas que las caracterizan, como serían la necesidad de convivencia con cierta estabilidad, la capacidad de disolución libre y la autonomía de los sujetos en lo referente a sus derechos y obligaciones⁸⁵.

El principal problema al que estas parejas se enfrentaban consistía en la incapacidad a la hora de obtener descendencia, y de la misma forma tampoco tenían la capacidad de acceder a la paternidad por ningún otro medio. Gracias a la innovación del Derecho, esto ha sido alterado, dado que a través de la citada Ley 13/2005, se ha conseguido en la redacción art. 175.4º Cc⁸⁶, superar el obstáculo que se planteaba a la hora de la filiación adoptiva, resultando no ser relevante para el caso la orientación sexual de los sujetos. Con ello se plantea la única posibilidad que el Derecho reconoce, a la hora de enfocar una unión de dos hombres, como pareja, para afrontar la filiación, siendo esta, el único medio legal con el que cuentan para poder formar una familia con descendencia.

Además de la posibilidad de crear un núcleo familiar a través de la adopción, mediante la introducción de la LTRHA se ha consentido a las parejas compuestas por dos mujeres el acceso a las TRHA, con lo que este colectivo puede alcanzar la opción de engendrar, al menos para una de las partes, mientras que la otra ha visto reconocida su capacidad de que, en lo que respecta a la descendencia de su pareja, se le pueda reconocer ciertos derechos con lo que se le atribuya la filiación natural de los mismos hijos⁸⁷.

el que se modifica lo anterior, se sigue estableciendo que “Tendrán acceso a este Registro las uniones que formen una pareja estable no casada entre dos personas, con independencia de su sexo...”.

⁸⁵Tal y como señala GONZÁLEZ PORRAS, J.M en la obra de SANCHEZ CALERO, F.J. *ob. cit.* pág. 214.

⁸⁶ Artículo 175.4º CC: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”.

⁸⁷ En lo que respecta a las parejas homosexuales, RICO ÍÑIGO, señala que dentro de las posibilidades para acceder a la paternidad dentro de ellas, “mediante Técnicas de Reproducción Asistida: permite tener hijos biológicos y pasa mucho más inadvertida por el entorno que la adopción”. En “El estudio de la

2.3.2. La filiación en las parejas homosexuales femeninas.

En este apartado, nos vamos a centrar en las parejas gay compuestas por dos mujeres, socialmente conocidas como “lesbianas”, haciendo especial hincapié en la relevancia de los casos en que estas parejas deciden la utilización de las TRHA para acceder a la maternidad y así formar un núcleo familiar.

A consecuencia de la LTRHA y la innovación de estas técnicas, se abre un nuevo camino para este colectivo a la hora de engendrar. Con anterioridad, la única forma que poseían de poder crear una familia con descendencia era mediante la adopción; por tanto, se les está ofreciendo la posibilidad del uso de dichas técnicas para poder acceder a una maternidad por naturaleza, o ficticiamente natural.

En este momento, podemos hablar de dos sujetos distintos a la hora de determinar la filiación, por un lado, la madre biológica, la cual a partir del ya citado art. 10.2 LTRHA cuenta con la presunción de maternidad, *iuris et de iure*, que se adquiere a razón del parto, ofreciéndole posición de progenitora aun cuando el material genético utilizado para la generación del embrión no sea suyo; y, por otro lado, la cónyuge de la madre. Es en este punto donde encontramos una mayor controversia puesto que si estuviésemos hablando de una pareja heterosexual, estaríamos frente a la presunción *iuris tantum* que se recoge en el Código Civil en favor del marido⁸⁸, pero a la hora de centrarnos en los matrimonios homosexuales no podemos hablar de la existencia de dicha presunción respecto de la cónyuge de la madre y tampoco dentro de las uniones de hecho, dado que como resulta evidente, de la relación de dos mujeres no se puede dar lugar a la generación de otro ser de forma autónoma, con lo que, el establecimiento de una presunción en favor de la pareja femenina de la madre, sería algo impensable para el Derecho.

Visto lo cual, se puede percibir una cierta desigualdad, dado que en la vida cotidiana, se puede ver como en el caso de las parejas homosexuales, se exigen ciertas predisposiciones, que no se requieren para las parejas heterosexuales⁸⁹.

familia”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.), *Derecho de Familia*. Barcelona, Editorial Bosch, 2011, pág. 43.

⁸⁸ Véanse los artículos 116 a 119 CC, en los que se habla de la presunción de paternidad.

⁸⁹ Véase el artículo 7.3 LTRHA, que establece que: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del

De forma general, se establece que los matrimonios que accedan al uso de TRHA han de hacerlo en consenso, tal y como lo expresa el art. 6.3 LTRHA. Pero a la hora de revisar dicho precepto, aparecen los primeros problemas, dado que en un primer lugar, si analizamos la primera parte del mismo, hace referencia a que el “marido”, debe dar dicho consentimiento para que se practiquen, en el caso de que estén casados, sin hacer referencia alguna a la posibilidad de que la mujer esté casada con otra mujer, lo cual nos deja ante la clara omisión de la reforma llevada a cabo por medio de la Ley 13/2005, por la cual, supuestamente, se equiparan tanto derechos como obligaciones entre los matrimonios heterosexuales y homosexuales.

Si seguimos leyendo, vemos que aparece el término “cónyuge”, estableciéndose que los requisitos exigidos para este, han de ser los mismos que se refieren al de la madre. Aún así sigue latente la incertidumbre con respecto a la pareja, tal y como apunta TOMÁS MARTÍNEZ⁹⁰, puesto que si bien no se prohíbe el acceso de matrimonios homosexuales, tampoco queda claramente establecida la posibilidad de acceso a dichas técnicas.

También, queda patente la necesidad, por parte de la mujer de la madre, o comadre, de acudir al Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal para expresar su consentimiento a la hora de que una vez que su pareja acceda a las TRHA, a ella se le confiera la posibilidad de convertirse en comadre, o madre natural, tal y como se señala en el citado art. 7.3 LTRHA. No siendo necesario en caso de que el cónyuge sea un hombre, dado que, será suficiente prestar el debido y simple consentimiento en la clínica en la cual se va a desarrollar dicho tratamiento de fertilidad.

Con todo ello, a la hora de hablar de los tipos de consentimiento⁹¹ que se podrían efectuar en el caso de que la pareja de la madre fuese un hombre o una mujer,

Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

⁹⁰ Al respecto, TOMÁS MARTÍNEZ, señala que a pesar de que la LTRHA, “admite que pueda someterse a este tipo de técnicas cualquier mujer «con independencia de su estado civil y orientación sexual»..., no contiene ningún artículo específico al supuesto de que la mujer que se someta a las mismas pueda estar casada con alguien del mismo sexo..., la Ley no contempla expresamente el hecho de que la mujer usuaria o receptora de estas técnicas esté casada con alguien del mismo sexo. Tampoco lo prohíbe cualquier mujer tiene acceso a estas técnicas con independencia de la orientación sexual y del estado civil, simplemente la Ley deja un vacío, una laguna, que va a tener relevancia al efecto de la filiación de los hijos que pudieran nacer en estos casos”. “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”. *Diario La Ley*, núm. 1796/2010, pág. 1.

⁹¹ A la hora de hablar de los tipos de consentimiento que se pueden efectuar para acceder a las TRHA, en primer lugar, tenemos que señalar que este ha de ser prestado personalmente, y no puede ser suplido

se puede llegar a equívoco, y con ello plantearse una especie de discriminación respecto de las parejas homosexuales, dado que para el caso del marido, este tiene la posibilidad de prestar su consentimiento a la hora de que su mujer acceda a las TRHA en la propia clínica. Mientras que en el caso de que la pareja de la madre sea una mujer, esta ha de prestar su consentimiento ante el Encargado del Registro civil del domicilio conyugal⁹².

En el caso del hombre, se trata de una acción voluntaria, que tiene como finalidad la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna. Así como fundamentar que, en el caso de que una pareja acceda a las TRHA, la pareja de la madre no se desentienda, alegando que no es hijo suyo, puesto que ha aceptado ser legalmente el padre⁹³.

Mientras que en el caso de que la pareja esté formada por dos mujeres, el consentimiento prestado ante el Encargado del registro civil, se considera un título legal

judicialmente, tal como ha señalado la AJPI Instancia, número 13 de Valencia el 13 mayo 2003. El consentimiento de la mujer que se somete a las TRHA, es el más importante, quedando demostrado por el hecho de que la ejecución de estas técnicas sin su consentimiento, es constitutivo de delito, tipificado en el art. 161.1 CP. En lo que respecta al marido, se requerirá el consentimiento de su marido, a no ser que estuviesen separados legalmente o de hecho (art. 6.3 LTRHA). Este consentimiento no le atribuye la paternidad, sino que esta será determinada por los cauces habituales establecidos por el Cc. Una vez nacido el hijo, será considerado legalmente hijo de este, aunque no haya consentido y se haya utilizado semen de donante. Por lo que al marido solo le quedará en caso de no haber consentido, la acción de impugnación de la paternidad. En el supuesto de las parejas de hecho, al no ser este obligatorio, dado que no rige la presunción de paternidad. En caso de prestarse, sirve para que, a falta de reconocimiento, este pueda ser usado como escrito indubitado a efectos de determinación de la filiación, por vía del expediente gubernativo (art. 8.2 LTRHA). Por último, si la mujer está casada con otra mujer, no necesita el consentimiento de esta para acceder a las TRHA, esto se debe a la obvia inexistencia de presunción de paternidad. Por tanto, dicho consentimiento solo le concede un nuevo título habilitante para su determinación como madre en la filiación del neonato. Estando este ligado a la voluntad, pero esencialmente distinto del reconocimiento. Para más información, véanse MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALCARAZ, C., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y BARBER CÁRCAMO R. *ob. cit.*

⁹² TOMÁS MARTÍNEZ, señala que “sorprende que a pesar de que el art. 44.2.º del CC reconoce al matrimonio homosexual los mismos requisitos y efectos ... lo cierto es que a través de esta manifestación se impone un trato diferente al cónyuge de sexo femenino respecto al de sexo masculino... Al marido se le exige que consienta con carácter previo a la aplicación de la técnica de reproducción asistida sobre su esposa mientras que si el cónyuge es de sexo femenino no se exige que consienta antes, sino que manifieste el consentimiento después y no en sede médica sino judicial, ante el Encargado del Registro Civil. En la misma situación fáctica, la ley está exigiendo una carga adicional dado que, si desea que el hijo sea considerado suyo por «naturaleza» y nacido dentro del matrimonio, necesitará acudir personalmente al Registro Civil y prestar consentimiento ante el Encargado del mismo... Esto podría incluso ser calificado de discriminatorio por razón de sexo salvo que hubiera una causa lógica y razonable en la que descansa su razón de ser, que no se ve en este caso”. *ob. cit.* págs. 5 y 6.

⁹³ Véase el artículo 8.1 LTRHA, por el que se establece que: “Ni la mujer progeneradora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

de determinación de la filiación respecto del nacido por la intervención de los tratamientos de fertilidad⁹⁴.

Cabe hacer especial mención sobre el tema en la legislación catalana, puesto que en su Código civil, se ha solucionado el problema que aquí se podría presentar en cuanto se equipara el consentimiento otorgado por la mujer pareja de la madre al expedido por el marido ante el centro autorizado o en documento público, no siendo relevante el sexo de quien lo presta⁹⁵. Con esto, queda patente que no se aplica la previsión del ya citado art. 7.3 LTRHA, puesto que en este caso, en la Comunidad catalana, es aceptada tanto la comaternidad matrimonial como la no matrimonial⁹⁶.

Con todo esto, tal y como señala BARBER CÁRCAMO⁹⁷, cabe hacerse la pregunta de si el caso de doble maternidad, a la que se llega por medio del uso de TRHA, enunciado en el art. 7.3 LTRHA, podría incorporarse dentro del régimen de filiación que se establece en el Código civil. Puesto que el propio apartado primero del mismo, es el que hace una extensa remisión a las leyes civiles.

A la hora de contestar a la anterior pregunta, en lo que se refiere al apartado tercero, la filiación respecto de la cónyuge de la madre, hay que señalar que no podría integrarse dentro del régimen de filiación planteado por el Código civil, puesto que nos enfrentamos a un nuevo título de determinación de la filiación y, por lo tanto, este es ajeno a la regulación establecida en nuestras leyes civiles anteriores.

Del mismo modo, algunos autores afirman que, dentro de la fecundación, a la hora de remitirse a las normas civiles, habría que estar atento a si nos encontramos ante una inseminación homóloga o heteróloga. Surgiendo así otra distinción, pudiendo no ser correcta dicha remisión, puesto que mientras que, en el Código civil prima el principio de verdad biológica, adecuado a la hora de hablar de inseminación homóloga, en la

⁹⁴ Para BARBER CÁRCAMO, el que la cónyuge de la madre, “por su solo manifestación de voluntad de ser tenida como madre, ante el Encargado del Registro Civil” y por tanto ya sea tenida como madre legal, “es contrario, no solo al expuesto vínculo de la maternidad con el parto, sino al valor atribuido al consentimiento, en general, en la propia LTRHA”. Véase *La filiación en España: una visión crítica. ob. cit.* pág. 133.

⁹⁵ Artículo 235-13.1 Código civil catalán: “Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento expedido ante un centro autorizado o en documento público”.

⁹⁶ Véase BARBER CÁRCAMO, R. “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *ob. cit.* págs. 124-125.

⁹⁷ Véase BARBER CÁRCAMO, R. *Ibidem.* pág. 99.

LTRHA, a la hora de hablar de la inseminación heteróloga, el principio es el de verdad sociológica, la cual se manifiesta en la voluntad de quien quiere ser padre.

En consecuencia, una vez redactada la LTRHA fue esencial proceder a su reforma, con la introducción del apartado tercero del art. 7, puesto que siguiendo la remisión que su apartado primero hace a las leyes civiles, nos encontramos que, de no haberse incluido, se imposibilitaría la determinación como madre que en él se establece para la mujer de la madre gestante.

Por todo ello a la hora de enfrentarnos a las premisas establecidas en la propia LTRHA, habría que proceder a una reforma de esta⁹⁸, con la que o bien se permita la doble maternidad tanto a las parejas casadas como a las no casadas, o bien se prohíba a todas. Ya que esto supone una discriminación respecto a las que no se les permite, o incluso se les obliga a optar por la opción del matrimonio⁹⁹ para poder acceder a una doble maternidad extrajudicial, ya que de lo contrario la única forma de adquirirla, sería solicitándola por la vía judicial.

Respecto de la determinación judicial de la doble maternidad, tal y como apunta BARBER CÁRCAMO, esta procede cuando no ha sido posible determinar la filiación extrajudicialmente. Dentro de ella, podemos distinguir las pretensiones en sentido amplio, que buscan manifestar la existencia y validez de un título apto para la determinación, y las pretensiones en sentido estricto, dirigidas a constatar la existencia de una relación biológica. A la hora de insertar el art. 7.3 LTRHA, dado que se trata de un título formal y voluntario de determinación de la filiación, este otorga una acción para la defensa de su validez, con la que poder exigir judicialmente la inscripción en caso de que no haya sido aceptada en sede registral¹⁰⁰. Pero respecto de las acciones de filiación recogidas en los arts. 131 a 134 Cc, evidentemente no cabe su aplicación, puesto que estas se basan en la demostración de la verdad biológica.

En este punto, surge la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas para la determinación de la paternidad extramatrimonial recogidas en el art. 8.2 LTRHA,

⁹⁸ Véase GOÑI HUARTE, E. “La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado”. *Diario la Ley*, núm.3166/2016, pág. 6.

⁹⁹ Para profundizar sobre el tema, véase BARBER CÁRCAMO, R. *La filiación en España: una visión crítica*. ob. cit. pág. 137. Así como la remisión que en ella se hace a la STS 18 enero 2012.

¹⁰⁰ Señala BARBER CÁRCAMO que, “Obviamente se trata de una acción de reclamación en sentido amplio, desvinculada de la verdad biológica y apegada a la realidad formal”. *Ibidem*. pág. 118 y 119.

justificando la estimación de la acción dirigida a sustituir la verdad biológica por el consentimiento prestado.

Ante ello, BARBER CÁRCAMO, señala que no sería aplicable al caso de doble maternidad, puesto que “Uno: porque no se trata de determinar la paternidad, sino una doble maternidad que puede compartir con aquella su carácter ficticio, formal o meramente legal, pero no su radical imposibilidad. Dos: porque el art. 8.2 atiende a la filiación extramatrimonial y el art. 7.3 LTRHA a la matrimonial... Tres: porque el consentimiento previo no es necesario ni exigible para el caso de la doble maternidad. Cuatro: porque, de prestarse, ni afecta ni modaliza en modo alguno la extraordinaria determinación de la maternidad contemplada en el art. 7.3. Dadas estas sustanciales diferencias entre los supuestos, entiendo que no es posible el recurso a la analogía”, señalando además que “si el legislador hubiera querido establecer un vínculo jurídico entre el consentimiento previo a la práctica de técnicas de reproducción asistida y la filiación así nacida lo hubiera hecho... A falta de tales previsiones no cabe extraer de un supuesto... extravagante, una regla general...”.¹⁰¹

2.3.3. La filiación en parejas homosexuales masculinas.

En este apartado nos volvemos a encontrar con dos tipos de uniones legalmente reconocidas, el matrimonio y las uniones de hecho.

Como consecuencia de la similitud con lo ya expresado en lo que a las uniones femeninas respecta, ahora surge la gran diferencia que se nos plantea al entrar a estudiar los dos tipos de parejas, la cual encontramos a la hora de hablar de la filiación, que es el tema principal que nos ocupa.

Esto es así, puesto que a diferencia de lo que ocurre en las parejas femeninas, este colectivo (masculino), dentro de nuestro marco legal, solo posee una forma de acceder a la paternidad, la adopción. Como resulta evidente por razones biológicas, una pareja compuesta por dos hombres, no tiene la posibilidad de reproducirse por sí sola, por lo que, en ningún caso, por medio de las técnicas legalmente permitidas, podrían llegar a engendrar, con lo que les cierra la puerta a la hora de acceder al uso de las TRHA.

¹⁰¹ BARBER CÁRCAMO, R. *Ibidem*. pág. 119 y 120.

Esto nos lleva a la única forma posible de obtener una paternidad “biológica” dentro de las parejas masculinas, o al menos para uno de los integrantes, y esta es mediante la práctica de la llamada subrogación materna, sobre la que se tratará más adelante, y respecto de la cual, nuestro propio ordenamiento, y más concretamente la LTRHA, ha establecido una clara prohibición de su utilización¹⁰².

¹⁰² Artículo 10.1 LTRHA: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

3.1. Cuestiones previas.

A la hora de hablar de la gestación por sustitución, podemos encontrar diversas denominaciones con las cuales se ha identificado esta figura, tales como “maternidad subrogada”, “maternidad portadora”, “alquiler de útero”, o como coloquialmente se le conoce, “vientre de alquiler”.

Esta figura, en palabras de JIMÉNEZ MUÑOZ, “es el medio obligado por obvias razones biológicas para que las parejas homosexuales masculinas, e incluso los hombres solos, puedan ser padres al margen de la adopción”¹⁰³.

Pero no solo resulta útil en lo referente a las necesidades de los hombres o parejas compuestas por ellos, sino que también es una modalidad gestacional interesante para aquellos casos de infertilidad total o absoluta de la mujer, puesto que, dicha mujer estéril no podrá engendrar hijos ni de manera natural, ni sometiéndose a las TRHA habituales.

Por tanto, cada vez es más evidente la utilidad que la aceptación de la maternidad subrogada podría suponer en la sociedad en general, puesto que supone una técnica por la que salvar los diversos obstáculos que la biología nos pudiese interponer en el camino al deseo de la paternidad.

3.2. Concepto de gestación por sustitución y sus tipos.

En primer lugar, hay que dejar sentada de forma clara una definición de la figura ante la que nos encontramos; lo cual puede resultar un poco difícil, dado que la legislación actual, así como las precedentes, toman esta figura como un hecho conocido, no molestándose en producir una definición legal, ni en contemplar los diversos supuestos. Han tenido que ser las propias doctrina y jurisprudencia, las que entren a establecer una definición sobre el tema.

Me parece interesante señalar la propia definición que nos ofrece la SAP Valencia 826/2011, de 23 noviembre¹⁰⁴, la cual entiende que “consiste en un contrato,

¹⁰³ Véase JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *ob. cit.* pág. 106.

¹⁰⁴ FJ 1º de la SAP Valencia, sección 10, de 23 de noviembre 2001. Pág. 2. Además de la definición apuntada, véase la definición redactada por HENÁNDEZ RODRÍGEZ, A. “Determinación de la filiación

oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido”, a la otra parte contratante, la cual dependiendo del caso, puede ser un hombre o una mujer en solitario, o una pareja, pudiendo estar compuesta por individuos del mismo o diverso sexo, los cuales serán los padres de intención, llamados comitentes, y dependiendo del caso pueden ser los que han prestado el material genético necesario.

Se ha discutido mucho a la hora de encajar la naturaleza jurídica de esta figura dentro de los tipos de contrato, puesto que es considerada como una figura atípica de contrato. Finalmente, la doctrina parece decantarse por dos tipos, por un lado como arrendamiento de servicios, en el cual se entiende que el servicio que se recoge es el de la gestación; y por otro lado también se identifica con el arrendamiento de obra, puesto que se promete algo al final del contrato, como en este caso es la entrega del neonato¹⁰⁵.

Dentro de esta figura, podemos encontrar tres tipos distintos, que se unen en dos grandes modalidades:

- En primer lugar, aparece la técnica mediante la cual se transfieren los embriones generados a través de la fecundación in vitro en el útero de un tercer sujeto ajeno a la pareja, es decir la “madre de alquiler”. En este caso el material genético utilizado es el propio de la pareja contratante y por tanto ajeno a la gestante.

- Nos podemos encontrar con otra opción, por la cual el o los contratantes recurran a donantes, ya sea de óvulos, de espermatozoides o de ambos, con lo que se plantea la situación de que los embriones que se transfieran a la “madre gestante”, procedan en parte o en nada de los que tienen la intención de ser padres.

En lo que respecta a estos dos tipos de modalidad, se les conoce como maternidad subrogada gestacional o parcial, puesto que la madre subrogada no aporta material genético alguno.

de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2014, vol. 6, núm. 2, pág. 150.

¹⁰⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. *ob. cit.* pág. 109.

- Por otro lado, podemos hacer referencia a la maternidad subrogada tradicional, plena o total, en la cual, la mujer gestante es la que aporta el material genético femenino, procediendo a la inseminación artificial de la misma, a través de la utilización del semen del comitente o de un donante ajeno¹⁰⁶.

Dentro de esta práctica, podemos encontrar varios sujetos involucrados: la madre subrogada, el o los comitentes, los donantes (en caso de que los haya), y por último el sujeto más vulnerable de todos, el neonato.

A raíz de los distintos sujetos, es cuando se empiezan a atisbar los problemas que puede acarrear el uso de una técnica como es la maternidad subrogada. Tal y como señala HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, esta técnica establece los presupuestos para que emerjan debates basados en la moral o la ética, siendo ellos los mayores obstáculos frente a los que se ha de combatir para llegar a una reglamentación sobre el tema.

Una de las razones por las que nuestro Derecho se empeña en poner trabas a su aplicación, es que, por medio de ella, se rompe con la máxima del Derecho romano *mater semper certa est*, por la cual la maternidad se establece en función del parto.

Es evidente, que, a raíz de los avances científicos, que se han ido produciendo, se ha conseguido que dicha regla deje de ser un hecho cierto. Puesto que nos podemos encontrar con la cada vez más común situación en la que la “madre”, no sea aquella que ha dado a luz, aunque ello siempre dependerá del concepto de madre que se maneje.

Dependiendo de cada uno de los sujetos, se ha hablado mucho tanto de los motivos que les llevan a ello, así como de sus derechos. Concretamente, respecto de la figura de la madre subrogada, sobre la que se ha extendido la creencia de que accede a ello por razones de necesidad o precariedad vital. Lo que ha posibilitado que diversos órganos jurisdiccionales, hablen de la vulneración de su dignidad así como la del niño, a la hora de estar obligada a entregar el neonato a los comitentes, e incluso se hable del respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante¹⁰⁷.

Ante lo que CORERA IZU entre otros autores, entiende que, por el contrario, en los casos en los que la mujer puede prestar su consentimiento a la hora proceder a la

¹⁰⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *Ibidem*. pág. 106 y 107.

¹⁰⁷ Véanse los FFJJ 3º apartado 6º y 5º apartado 7º de la STS de 6 febrero 2014.

realización del contrato de gestación de forma libre y voluntaria, no se estaría vulnerando la dignidad de la madre gestante, puesto que ese consentimiento se presta ante una autoridad judicial encargada de velar para que el mismo se haga de forma libre y con conocimiento de las consecuencias que acarrea. Además de considerar que el concepto de dignidad humana, es una expresión eminentemente ética¹⁰⁸.

Otro de los argumentos recurrentes a la hora de criticar esta técnica es el de que las personas están fuera del comercio de los hombres y por tanto no pueden ser objeto de relaciones jurídicas; así como la idea de que supone una explotación de la mujer, en lo que incita la utilización de su cuerpo para fines lucrativos, y por tanto se cosifica a la mujer; así como la cosificación del hijo, al convertirse en un objeto de comercio¹⁰⁹.

Ante todo ello, podemos encontrar otros argumentos utilizados en favor de la maternidad subrogada¹¹⁰, como son los que defienden que dicha técnica es una expresión del derecho a procrear; que si la mujer gestante emite su consentimiento de forma voluntaria y libre, no hay lugar para hablar de explotación alguna; el respeto de los principios de igualdad y no discriminación, dado que es por medio de esta técnica, por la que encontramos la única forma de acceder a la paternidad biológica en una pareja cuyos integrantes sean dos hombres; así como ciertos estudios que certifican que no atenta contra la salud física o psíquica de la madre; y por supuesto, que no se viola el interés superior del menor, dado que nace en el seno de una familia que lo desea y no se hubiese generado de no ser por ello.

3.3. La inscripción en el registro civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.

A la hora de afrontar este epígrafe, cabe señalar la inexistencia de una ley que regule la inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos a raíz de un contrato de subrogación materna. Ha sido la propia DGRN, la que ha tenido que intentar

¹⁰⁸ Véase CORERA IZU, M. “Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil”. *Diario la Ley*, núm. 8813/2016, pág. 3 y 4.

¹⁰⁹ En esta línea, se sitúa BARBER CÁRCAMO, al apuntar que “el contrato repugna a nuestro ordenamiento porque convierte en objeto una facultad humana personalísima, la de gestar una vida, y su resultado, que es una persona humana, cuya dignidad demanda como punto de partida un trato jurídico de sujeto y no de objeto”. Añadiendo que, “ese contrato convierte en materia disponible la identidad humana y el estado civil de las personas...”. “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, pág. 2940.

¹¹⁰ Véanse ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. *ob. cit.* pág. 37.

adecuar su introducción en nuestro sistema. Ahora bien, ello no ha sido un proceso fácil ni mucho menos y por supuesto aún no ha terminado, dado que no poseemos una norma legal que trate el tema.

Antes de entrar a valorar las distintas actuaciones efectuadas por el sistema jurídico español, observamos, que a la hora de proceder en un tema tan moral y ético, como es el que nos ocupa, lo que tiene principal importancia, es el interés superior del menor, sobre lo que se ha pronunciado el TS en su sentencia de 6 febrero 2014, señalando que es al niño al que se le da una familia y no al revés¹¹¹.

Esto surge a consecuencia de que los menores nacidos por medio de subrogación materna, en el momento de llegar a España, se encuentran en una especie de “limbo”, puesto que no cuentan con unos padres legales en nuestro Estado, así como tampoco poseen los derechos propios como ciudadanos españoles, por tanto, aparecen sin identidad ni filiación jurídica.

Desde un primer momento, podemos ver como cada vez es mayor el parecido que guarda este asunto, con la adopción. Dado que antes de la redacción de la Ley Adopción Internacional¹¹², muchos ciudadanos españoles acudían a estados extranjeros para acceder a ella, y por tanto, tuvo que ser la propia DGRN la que regulase los aspectos sobre el tema. Señala CORERA IZU que, a la hora de exigir una legislación sobre el tema, hay que tener en cuenta determinados requisitos o exigencias de la legislación relativa a la adopción, las cuales serían perfectamente aplicables en esa nueva normativa¹¹³.

3.4. Legislación española.

Antes de entrar a considerar la legislación actual, hay que hacer referencia al ya citado “Informe Palacios”, puesto que, en el mismo, ya se empieza a sentar la idea de prohibición de la gestación por sustitución en cualquier circunstancia, estableciendo así el punto de partida en el que continua nuestro sistema legal. Dentro de este estudio, en sus recomendaciones 115 a 117, se hace alusión a la posible sanción penal o cualquier

¹¹¹ Véase el Voto Particular 2º. 3, de la STS de 6 febrero 2014.

¹¹² Ley 54/2007 de 28 diciembre, de Adopción Internacional.

¹¹³ Tal y como CORERA IZU, señala que “determinados requisitos o exigencias de la institución adoptiva española serían perfectamente aplicables en la nueva normativa que apoyamos... extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza”. Como se puede ver en su obra “Abandonados, apátridas y sin padres”. *Diario la Ley*, núm. 8345, 2014, pág. 3.

otra aplicable tanto para los comitentes del contrato, las instituciones o personas involucradas, así como para los equipos médicos que lo realizasen¹¹⁴.

En España en lo relativo a este tema, nos encontramos en el mismo punto legislativo en el que nos situó la Ley 35/1988, es decir, la primera que entró a legislar a razón de las TRHA, puesto que, en lo que respecta a la maternidad subrogada, no se han introducido variaciones sustanciales. Por lo tanto, solo podemos encontrar la regulación en ella contenida en el ya citado *ex art.* 10, el cual fue transcrito a la LTRHA de 2006.

A la hora de revisar la redacción de dicho precepto, fijando la vista en el apartado primero, podemos ver como se hace referencia a la nulidad de pleno derecho que recaerá sobre todo tipo de contratos que engloben esta figura, ya sean de tipo oneroso o gratuito, art. 10.1 LTRHA¹¹⁵. Como es bien sabido, al tratarse de un contrato nulo, su nulidad podrá ser puesta de manifiesto en cualquier momento, dado que esta no cuenta con un límite de prescripción. A lo que hay que sumar lo dispuesto por las leyes civiles en los arts. 1.305 y 1.306.1.ª Cc, puesto que, aunque la LTRHA no hubiese señalado su nulidad, lo sería de la misma forma, ya que nos enfrentamos tanto a la ilicitud de la causa como de su objeto, dado que estos van en contra de la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Con todo esto, tal y como establecen los artículos anteriormente citados, los involucrados carecerán de cualquier acción entre ellos, procediendo la inexigibilidad de lo acordado en el contrato. Visto lo cual, se plantea la situación en la que si se desarrolla el contrato de maternidad subrogada, ya calificado como nulo, y a la hora del nacimiento, la madre gestante se arrepintiese, no ha de entregar al recién nacido, ni aceptar que sobre este se establezca su filiación respecto de los comitentes¹¹⁶, así como tampoco tiene la obligación de restituir las cantidades que hubiese podido obtener a consecuencia del contrato.

¹¹⁴ Véanse las recomendaciones de la 115 a la 117, del Informe presentado ante el Congreso de los Diputados en abril de 1986, núm. 280, por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humana.

¹¹⁵ Artículo 10.1 LTRHA: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

¹¹⁶ En palabras de CORERA IZU: “nada ni nadie (el/los comitente/s) puede obligar a que, tras el alumbramiento, la mujer gestante entregue al recién nacido”. En la obra “Abandonados, apátridas y sin padres”. *ob. cit.* pág. 4.

Ahora bien, esto tiene un papel bidireccional, puesto que si fuesen los comitentes los que llegado el momento de finalizar el acuerdo, cambiasen de opinión, tampoco tendrían obligación a nada, incluso no estarían obligados ni a aceptar la recepción del niño¹¹⁷.

Si atendemos a lo dispuesto en el art. 10.2 LTRHA¹¹⁸, podemos ver como se establece una regla general por la cual, como ya se ha mencionado anteriormente, se establece una presunción *iuris et de iure*, siendo la madre será aquella que dé a luz. Esto deja entrever los posibles problemas que pueden suscitarse a la hora de acceder a la maternidad subrogada, dado que, según lo dispuesto en nuestras leyes, siempre va a prevalecer a la hora de establecer la filiación, su resolución en favor de la que dé a luz, frente a la impulsora del tratamiento de fecundación, aun cuando sea la que proporciona el material genético.

En lo referente al padre, el art. 10.3 LTRHA, establece que tiene a su favor la acción de reclamación de la paternidad. La cual, atendiendo a las reglas generales, está reservada para el caso de existencia de paternidad biológica por parte del comitente.

A raíz de lo enunciado en el citado precepto, surgen algunos problemas, entre los cuales, podremos distinguir el caso de que la madre gestante, este casada o no.

En caso afirmativo, la filiación, en un primer momento, se establecerá en favor de su marido, como filiación matrimonial, siempre que este no impugne el nacimiento. En caso de impugnación, de igual forma que sucedería en caso de no mediar matrimonio, y siempre que el esperma proceda de la pareja comitente, se procederá a la inscripción del neonato como no matrimonial, estableciéndose la filiación en favor de la madre gestante y la parte comitente que facilitó el esperma, siempre que este sea conocido, es decir uno de los miembros de la pareja comitente y siempre que este haya reconocido al neonato, o haya prestado su consentimiento a la hora de la fecundación¹¹⁹, atendiendo a lo dispuesto en las leyes civiles¹²⁰.

Para el supuesto de que el semen proceda de donante anónimo, surge el problema, a la hora de afrontar las dos situaciones antes previstas. Esto es así, puesto

¹¹⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. *ob. cit.* pág. 112.

¹¹⁸ Artículo 10.2 LTRHA: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

¹¹⁹ Véanse las disposiciones 1 y 2 del artículo 8 LTRHA.

¹²⁰ Véanse los artículos 120.1 y 4 Cc; 181, 182 y 186 del RRC y 47 de la LRC.

que en el caso de que la madre gestante esté casada, se procederá a establecer la filiación en favor de su marido, de la misma forma que en el anterior supuesto; pero en el caso de que no esté casada, surge una nueva situación, a la hora de hablar de la filiación del neonato, sobre el cual en principio no se podrá establecer una filiación legal en favor de ninguno de los miembros de la pareja comitente, dado que no serán los padres biológicos. A no ser que hubiesen prestado los consentimientos recogidos en el art. 8 LTRHA. De la misma forma, en caso de no mediar nexo biológico, los comitentes tendrán reservada una vía jurídica de legalización consistente en el acogimiento familiar o la adopción¹²¹.

Ahora bien, después de haber revisado las previsiones normativas al respecto, cabe resaltar que son varias las voces dentro del Derecho que exigen la creación de una Ley estatal que regule los contratos de maternidad subrogada.

El legislador intentó introducir dentro de la reforma legislativa del art. 44.7 de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, en la reforma efectuada por la Ley 19/2015 de 13 julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, establecer el marco legal para que la resolución extranjera, en casos de nacimientos en el extranjero y por tanto su filiación, estuviese sujeta a leyes extranjeras, pudiesen ser inscritos en nuestro Registro Civil. Con lo que se trataba de buscar una solución a los problemas de la maternidad subrogada.

Pero esta no llegó a buen puerto debido a su paralización por el Gobierno. El legislador no consideró necesario introducirla, puesto que entendió que la inscripción de los hijos nacidos por medio de la gestación por sustitución es posible mediante resolución judicial extranjera que verifique el vínculo.

Por tanto, solo cabe esperar que de igual forma que sucedió con las TRHA, en las que, dado su desarrollo científico y social, fueron avanzando hasta obtener su propia ley reguladora, esto se polarice al caso de la maternidad subrogada. Requisito necesario

¹²¹ Tal y como apunta CORERA IZU, “El Código Civil, a diferencia de otras legislaciones como la sueca o la francesa, no impide que los comitentes adopten al menor nacido en el extranjero y por ellos encargado”. *ob. cit.* pág. 8. De la misma forma, BARBER CÁRCAMO, apunta que “no inscribir la filiación de los menores en favor de los comitentes en absoluto conduce a sustraerlos de su cuidado, ni a entender que deban quedar bajo la tutela de una entidad pública. Simplemente, habría que proceder a la inscripción de la filiación conforme a las normas de Derecho español, que no permiten eludir la maternidad de la madre gestante”. En “La legalización administrativa de la gestación por sustitución...”. *ob. cit.* pág. 2946.

debido a que, por su falta de regulación, aparece la necesidad de la realización de un gran trabajo jurídico tanto por la DGRN, como por los distintos tribunales que han entrado a conocer sobre el tema, el cual será tratado en el apartado siguiente.

Hay que resaltar el planteamiento recogido por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que señala que a pesar de ser un supuesto contrato nulo, y por tanto estar prohibido, las sanciones que se le aparejan consisten en responsabilidades administrativas de los equipos intervinientes (art. 25 LTRHA), tratándose en todo momento de una infracción leve (art. 26 LTRHA)¹²², a lo que se suma HEREDIA CERVANTES, indicando que: “en principio el ordenamiento español, no sanciona penalmente la participación o la intermediación en un supuesto de gestación por sustitución”¹²³.

En el ámbito penal, a pesar de que los arts. 220-222 CP, se encargan de los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad, estado o condición del menor, a la hora de tratar la gestación por sustitución, no aparece una mención clara del supuesto, y por tanto solo sería punible si se subsumiese el caso concreto a los tipos previstos por los citados artículos¹²⁴.

A la hora de analizar esta técnica desde la óptica del menor, podemos ver como el legislador, al no entrar a legislar o controlar dicha práctica, está dejando al menor desprovisto de cualquier defensa y por tanto se encuentra desprotegido. Situación esta que resalta al poder observar como el menor va a depender del cumplimiento voluntario de una madre que en ningún momento ha mostrado la intención de serlo¹²⁵.

¹²² Sobre ello, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., apunta que de esta práctica se puede deducir una responsabilidad administrativa de los equipos intervinientes en ella (art. 25 LTRHA), pero aun así, dicha infracción no deja de ser una infracción leve (artículo 26 LTRHA). Tal y como se puede observar en su obra “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transoceánico*, octubre de 2014, vol. 6, núm. 2, pág. 152.

¹²³ Véase HEREDIA CERVANTES, I., donde además apunta que, “aunque la doctrina mayoritaria entiende que existe una prohibición radical de esta figura, lo cierto es que nuestro legislador se limitó a recurrir a una norma de naturaleza meramente obligacional”. En “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, págs. 3 y 4.

¹²⁴ Importante resaltar la puntualización efectuada por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que nos recuerda que la ley penal se rige por el principio de territorialidad y por tanto, solo sería aplicable a los contratos desarrollados en territorio español. *Ibidem*. pág. 152.

¹²⁵ A tal respecto señalan CALVO CARAVACA, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, que “Es claro que las personas que han manifestado, con arreglo a lo previsto en el Derecho de California, su “consentimiento inicial a ser padres” y han tomado todas las precauciones, atenciones y cuidados necesarios al efecto, son personas más indicadas para ser considerados “padres”, ante la Ley, que la mujer que da a luz a los nacidos, que asumió su papel como mera parte en un contrato y que se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo”. En “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado:

3.5. Desarrollo jurisprudencial y doctrinal en España

3.5.1. Pronunciamientos relevantes.

El primer precedente en la sociedad española, respecto de la maternidad subrogada, aparece a consecuencia de las actuaciones que permitieron que una conocida aristócrata española, viajando a EEUU, accediese a la filiación de dos gemelas nacidas por medio de un contrato de maternidad subrogada. En este caso, el Registro civil del Consulado de España en Los Ángeles, no impidió la inscripción ni la filiación de las mismas, a pesar de ser esta una práctica “prohibida” en España¹²⁶.

Una vez visto este precedente, el problema surge como consecuencia del conocido caso en el que una pareja homosexual valenciana, compuesta por dos hombres, que acceden a un contrato de gestación por sustitución en California, a la hora de inscribir el nacimiento de los dos menores en el Registro Civil consular de España en ese Estado, el canciller encargado, dicta un auto denegando la inscripción, sobre la base de que se debía considerar a la madre subrogada como madre legal, la cual no aparecía en ninguno de los documentos aportados, así como señalando que dicha práctica era ilegal en España¹²⁷.

Ante ello, los padres comitentes, presentan recurso frente a la DGRN, resolviendo esta el 18 de febrero de 2009¹²⁸, de forma estimatoria, y por tanto propiciando la inscripción de los dos menores en el RC del domicilio de los solicitantes.

consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 312.

¹²⁶ Véase HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *ob. cit.* págs. 153 y 154.

¹²⁷ Sintetizado ello por ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., señalando que ello se produce dado que ninguno de los solicitantes, es decir los padres comitentes, podían afirmar ser la madre alumbradora, por lo que, con arreglo a las leyes españolas, el libro de familia expedido por las autoridades californianas no tenía valor probatorio ni constitutivo del vínculo de filiación que los solicitantes pretendían mantener con los niños nacidos por medio de esta técnica. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2014, vol. 6, núm. 2, pág. 9.

¹²⁸ Siendo un pronunciamiento muy controvertido sobre el que CORERA IZU, M., señala que se trata de una resolución “elogiada y criticada por igual”, “Pero a ningún jurista de los que nos dedicamos al Derecho registral, con su componente de Derecho internacional privado, a nadie, nos dejó indiferente”. *ob. cit.* pág. 6. Desde la óptica negativa, se puede destacar, entre otros, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., el cual señala que dicha resolución, “es el paradigma de cómo adaptar una argumentación a un resultado preconcebido”, señalando que a su juicio, “la argumentación no fue convincente”. En su obra, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”. *AEDIPr*, t. X, 2010. págs. 339-377. Y con una argumentación favorable, podemos resaltar el punto de vista de CALVO CARVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., los cuales interpretan como una decisión pionera que utiliza con maestría las mejores técnicas del Derecho internacional privado, mostrándose vanguardista y audaz en la solución del caso. *ob. cit.* pág. 295.

Para ello, este órgano fundó su actuación en que no se buscaba determinar la filiación de los pequeños, sino precisar si una filiación ya determinada en el extranjero en virtud de certificación registral era inscribible en nuestro RC. Así mismo, se argumenta, que no se ha actuado en fraude de ley¹²⁹, así como tampoco se ha usado la norma de conflicto¹³⁰ ni cualquier otra para eludir la ley imperativa española. Para todo ello, se apoya en el reconocimiento expresado en el 81 RRC¹³¹, por el cual no deben aplicarse las normas españolas de conflicto de leyes; así como en el art. 9.4 Cc, según lo cual, no sería de aplicación el ya citado art. 10 LTRHA.

Visto lo anterior, la DGRN entiende que la resolución californiana no vulneraría el orden público internacional español¹³²; señalando que dicha inscripción evitaría una discriminación por razón del sexo, siendo este argumento muy discutido por diversos autores¹³³, y protegería los intereses superiores de los menores. Así pues, basa su argumentación en el art. 14 CE, el cual expone que todos somos iguales ante la ley; en la misma línea, el art. 15 LRC, señala que para que el acceso al RC español sea posible, es necesario que el nacimiento tenga lugar en España o que el neonato tenga nacionalidad española. Visto que la primera previsión no se cumple, dado que los menores nacen en California, intentan ampararse en la segunda previsión, entrando en escena el art. 17.1.a) Cc, según el cual: “son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles”, lo que les lleva a apuntar que los menores deben obtener la

¹²⁹ En lo referente a la figura del “fraude de ley”, CALVO CARVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, señalan que la DGRN es tajante al establecer que en ningún momento se está en presencia de un fraude de ley, recordando que el “fraude de ley internacional”, exige la manipulación del punto de conexión de la norma española. Señalando que habría “fraude de ley internacional”, en el caso de que los particulares hubiesen fingido o creado la mera apariencia formal y legal, pero sin contenido sustancial. *Ibidem*. pág. 316.

¹³⁰ La propia DGRN, en su. Instrucción 1ª, 18 febrero 2009, sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero. FD 2º, señala que la norma de conflicto no ha de utilizarse cuando haya una decisión pronunciada por una autoridad registral extranjera.

¹³¹ Artículo 81 RRC: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales”.

¹³² Tal y como apuntan CALVO CARVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. para la DGRN, el orden público internacional español protege la cohesión moral y jurídica de la sociedad española y está compuesto por los principios jurídicos básicos del Derecho español. Lo que significa que, para la DGRN, este protege estructuras generales y su tarea consiste en procurar que la introducción de una decisión extranjera no produzca una externalidad negativa. *ob. cit.* págs. 310 y ss.

¹³³ Ante ese argumento, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, disiente señalando que “no se trata de una cuestión de discriminación por razones de género, sino de una falta de presupuestos que ponen la aplicación del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, porque los supuestos no son iguales y, podría decirse, reclaman del legislador tratamientos diversos..., haya igualmente o no comitentes del mismo o distinto sexo, ninguno de ellos va a ser madre alumbradora: lo va a ser una tercera persona, y esta persona es la única a la que se reconoce por la legislación española la condición de madre”. *ob. cit.* pág. 10.

nacionalidad española, puesto que, en caso de negarse, se vulneraría el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), que exige que los menores queden sujetos al cuidado de los que han dado su consentimiento para ser padres.

Ante este pronunciamiento de la DGRN, el Ministerio Fiscal (en adelante MF), inicia las actuaciones pertinentes para proceder a interponer demanda impugnando tal resolución, basándose en el fraude documental, puesto que, entre los papeles entregados por los padres comitentes, no aparecía ninguna madre, con lo que se estaría infringiendo el art. 10 LTRHA.

El Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, estima la demanda propuesta por el MF y en su SJPI nº15 de Valencia, nº 193/2010 de 17 de septiembre deja sin efectos la resolución de la DGRN, y por tanto la inscripción es cancelada. Para ello, señala que a la hora de realizar la inscripción, es necesario verificar la realidad del hecho y su legalidad según la ley española¹³⁴, tal y como exige el art. 23 LRC¹³⁵.

En el mismo año, la DGRN dicta la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con el propósito de otorgar seguridad jurídica al régimen de la filiación en España, en los casos de gestación por sustitución, una vez que dicha filiación ha sido acreditada en otro Estado por la autoridad competente¹³⁶. Para ello, expresa una serie de requisitos o exigencias que se han de cumplir:

¹³⁴ Véase SJPI nº 15 Valencia de 17 septiembre 2010, FD 3º. Respecto del hecho de que ambos solicitantes son los padres, señala que aunque “formalmente es cierto pues así consta en la certificación californiana, no lo es, ni puede serlo a efectos materiales pues biológicamente resulta imposible, surge con ello la existencia de la duda sobre la realidad del hecho inscrito existen evidentes dudas sobre el hecho inscrito y que el control de legalidad necesario conforme a la ley española, no es superado”, así como, en lo que respecta a la legalidad del hecho, apunta que “al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada”.

¹³⁵ Podemos observar cómo ÁLVAREZ GONÁLEZ, S., entre otros, apunta que respecto de la Resolución dictada por la DGRN, entiende como cierta la aplicación de los arts. 81 y 85 RRC, pero señalando que también habría de aplicarse el art. 23 LRC, el cual según sus palabras: “se omite de forma un tanto burda”, en el cual se establece que: “También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. *ob. cit.* págs. 348 y ss.

¹³⁶ Respecto de la citada instrucción, señala BARBER CÁRCAMO, que en este cambio de rumbo llevado a cabo por la Dirección general, no contentó a nadie, apuntando que “da una de cal, admitiendo la inscripción, y otra de arena, exigiendo para ello una resolución judicial del país de origen...”. A colación de lo cual, señala que, “logra que la doctrina la califique de “ilegal”, por excluir la certificación extranjera como título a partir del cual practicar la inscripción... y por atribuirse indebidamente la Dirección General un papel legislativo, al establecer para el reconocimiento incidental registral unos requisitos sin previsión legal alguna”. Todo ello puede encontrarse más desarrollado en su obra “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, pág. 2911.

- En primer lugar, la exigencia de resolución judicial extranjera, señalando que no serán admitidas las certificaciones registrales ni las simples declaraciones, aunque vayan acompañadas de certificado médico;

- La exigencia del procedimiento de *exequátur*, de las resoluciones judiciales extranjeras. Bien a través de los Convenios Internacionales (CCII), o en caso de faltar estos, por medio del procedimiento señalado en el *ex art.* 954 LEC de 1881¹³⁷. Debiendo adjuntarse el auto judicial definitivo que ponga fin al *exequátur*;

- Así como, expone la exigencia del reconocimiento incidental, señalando una vía diversa para el caso en el que la resolución judicial, fuese dictada en un proceso análogo al de jurisdicción voluntaria de nuestro país, con lo que no sería necesario acudir al reconocimiento judicial¹³⁸.

Será el propio Encargado del RC el que lo tendrá que controlar, observando la regularidad y autenticidad formal de la resolución; valorar si el tribunal se ha basado en criterios de competencia comparables a los que se hubiesen aplicado en España; si se han garantizado los derechos procesales de las partes; la integridad del interés supremo del menor y los derechos de la madre gestante, así como verificar que esta ha prestado el consentimiento de forma libre y voluntaria; y por último, que se trate de una resolución y consentimiento firmes e irrevocables.

Si una vez revisado todo ello, el Encargado del RC, se encuentra con que se ha producido por medio de un proceso contencioso, lo denegará, a la espera del correspondiente *exequátur*. Pero si estima que es correcto, procederá a controlar incidentalmente mediante el procedimiento anteriormente expresado.

¹³⁷ Artículo 954 LEC de 1881, que expone: “Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: 1.ª Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal. 2.ª Que no haya sido dictada en rebeldía. 3.ª Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. 4.ª Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las Leyes españolas requieren para que haga fe en España”. El cual fue derogado por el número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

¹³⁸ Tal y como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, “el método del reconocimiento tiene presente las normas jurídicas concretas ya aplicadas por una autoridad judicial o administrativa extranjera. Por lo tanto, la autoridad del Estado ante el que se hace valer la decisión dictada en otro Estado sólo debe decidir si otorga o no otorga efectos jurídicos a la decisión extranjera”. *ob. cit.* pág. 299 y 300.

Los padres comitentes interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, la cual lo deniega confirmando la resolución de Primera Instancia, en su SAP Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011.

A la hora de valorar el recurso, la AP vuelve a reiterar el impedimento a la hora de inscribir a los pequeños en el RC, puesto que ello sería contrario al art. 10 LTRHA, lo cual se debe detectar al proceder al control de legalidad que establece el art. 23 LRC. Ante ello, los padres intencionales pretendían acudir al reconocimiento de decisiones extranjeras, lo cual se rechaza al ser contrario al Orden Público Internacional español.

De la misma forma, también fundaron su recurso en la infracción del principio de igualdad y en una supuesta discriminación por razón del sexo (art. 14 CE)¹³⁹; siendo esto rechazado por la AP, puesto que insisten que en este litigio no se trataba la orientación sexual de la pareja sino la posibilidad de inscripción en el RC a los dos menores como hijos naturales de la pareja.

Igual que sucedió en lo referente al principio del interés superior de los menores, la AP señaló que, la propia ley española, establece otros cauces legalmente aceptados para proceder a la inscripción de estos, como es la figura de la adopción. Añadiendo que “también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto de comercio”¹⁴⁰.

Con posterioridad, la pareja comitente, interpone un recurso de casación, del cual conoció la Sala de lo Civil del TS, desestimándolo en su sentencia nº 835/2012 de 6 febrero 2014, y confirmando la cancelación ya ordenada, de la inscripción del nacimiento de los niños, realizada en el RC consular.

¹³⁹ SAP Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011. FJ 4º. En el que a colación de la posibilidad de haber sufrido discriminación, señala que “las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual; por otro lado, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula”.

¹⁴⁰ Véase el FD 5º SAP Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011.

El único objeto del recurso se fundaba en el art. 14 CE, por una supuesta vulneración del principio de igualdad, en relación con la identidad única de los menores y el interés supremo del menor¹⁴¹.

Ante este recurso, el TS alega que, a la hora de proceder a la inscripción en el RC de un documento extranjero, “La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español”¹⁴², coincidiendo con lo expresado por la DGRN en 2009¹⁴³. Apunta el TS, que el reconocimiento no ha de limitarse a un control de los aspectos formales, sino que ha de extenderse a las cuestiones de fondo.

Así mismo, considera que el art. 10 LTRHA, conforma el Orden Público Internacional español y, por lo tanto, dicha decisión extranjera es contraria a él. Estableciéndose una doctrina del Pleno, según la cual el establecimiento de la filiación de los recurrentes respecto de los niños nacidos en California, era “frontalmente contraria a la prevista en la LTRHA y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera”¹⁴⁴.

Además, vuelve a reiterar que no hay discriminación fundada en la orientación sexual, puesto que el objeto del litigio es la inscripción registral. Por lo que habría resuelto de forma igual en el caso de una pareja heterosexual. Hay que resaltar, la actuación desarrollada por el TS en este caso, puesto que, para asegurar el interés supremo del menor, instó al MF a ejercitar las funciones pertinentes para determinar la correcta filiación.

¹⁴¹ Consagrado a partir de la Convención de Derechos del Niño, de Nueva York el 2 de noviembre de 1989. Según la cual, los menores tienen derecho a una identidad única que ha de respetarse por encima de todo.

¹⁴² Véase STS Sala de lo Civil nº 835/2012 de 6 febrero 2014. FD 3º. 2.

¹⁴³ Véase RDGRN 18 febrero 2009. FD 2º: “Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación”.

¹⁴⁴ Véase el FD 3º STS 6 febrero 2014.

Ya por último, los comitentes promueven un incidente de nulidad de actuaciones¹⁴⁵ contra la sentencia dictada por el TS, resuelto por el pleno del mismo el 2 de febrero de 2015, de forma desestimatoria.

Los recurrentes alegan la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva, enunciada en el art. 24 CE, infringiendo las normas sobre pruebas y la carga de pruebas; también sostienen que lo que se tenía que valorar era si había o no reconocimiento de la certificación registral extranjera, y no sobre las consecuencias de la gestación por sustitución; así como la lesión del principio de igualdad respecto de los menores por el hecho de su nacimiento y de los comitentes por razón de su orientación sexual; y por último, la vulneración de su derecho a la intimidad familiar.

El TS resuelve señalando que el matrimonio no había presentado el contrato ni la sentencia californiana que diese lugar al reconocimiento, así como que al ser ellos los promotores del recurso, poseían disponibilidad sobre la prueba, siendo estos los responsables de la falta de acreditación. Por lo que estima que no ha lugar a la lesión de la tutela judicial efectiva. Así como tampoco existe en lo referente a la a la distorsión del objeto de litigio, puesto que señala que el tribunal ante una cuestión que se le plantea, puede resolver de forma distinta lo que la parte ha planteado.

En lo relativo a la discriminación de la filiación, expone que el ordenamiento jurídico español no exige en ningún momento que se deba reconocer como filiación la derivada de un contrato de gestación por sustitución.

Respecto de la discriminación por su orientación sexual, vuelve a reiterar, tal y como hicieron los tribunales anteriores, que el caso no trata sobre el matrimonio de parejas homosexuales, sino de las circunstancias derivadas de la gestación por sustitución. Y ya para terminar, el tribunal señala que el derecho a la familia, no es una cuestión ilimitada, y no se establece la facultad de crear lazos familiares por medios no reconocidos en el ordenamiento jurídico. Declarando al final, que la paternidad biológica es posible establecerla respecto de uno de los miembros de la pareja, tal y como establece el art. 10.3 LTRHA.

¹⁴⁵ STS, sala de lo civil, de 2 de febrero de 2015. FD 2º, en el que se expone que, con este incidente de nulidad, solo se entra a valorar si la sentencia recurrida infringe los DDFF.

3.5.2. Doctrina surgida por el caso:

3.5.2.1. Orden Público Internacional:

En primer lugar, a la hora de hablar sobre el Orden Público Internacional, hay que señalar que en diversos países, este elemento ha llegado a constituirse como la mayor objeción respecto del reconocimiento de la gestación por sustitución¹⁴⁶.

En el caso de España, el propio TS, se ha pronunciado señalando que, “Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público "atenuado". Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España”.¹⁴⁷ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA interpreta que el TS no cierra la posibilidad del reconocimiento en nuestro país de la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada efectuada en el extranjero. Apuntando, que: “no se admite una modalización del orden público internacional en razón del interés superior del niño, sino una entrada en juego del correctivo o excepción, para los casos que mantengan uso vínculos estrechos con la sociedad española o el ordenamiento español”.

Sigue sosteniendo el TS que, “las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español”¹⁴⁸. Como consecuencia, el reconocimiento de estos contratos supondría su vulneración, por lo que ya no es posible utilizar la técnica de Derecho Internacional privado de reconocimiento de decisiones extranjeras favorables a la inscripción de los nacidos en el marco de la maternidad subrogada.

¹⁴⁶ Véase la Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 4 julio 2002 (Francia).

¹⁴⁷ Véase el FD 3º. 7, de la STS 6 febrero 2014. Sobre lo que ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, señala que: “el empleo de ambas fórmulas, una después de la otra revela que el Tribunal Supremo está confundiendo dos realidades nítidamente definidas y diferenciadas en la técnica y en la ciencia jurídica internacional privatista: el orden público internacional atenuado y el orden público internacional de proximidad”, El propio autor, más adelante nos da unas pequeñas notas para diferenciar los dos tipos de orden público internacional. *ob. cit.* págs. 18-21.

¹⁴⁸ En este sentido se pronuncia BARBER CÁRCAMO, al señalar que “en el estado actual de la legislación española, la prohibición de la gestación sustituta sí constituye una consecuencia exigida por la coherencia de nuestro ordenamiento... De modo que el artículo 10 LTRHA no es un obstáculo legal único y puntual, sino un elemento más concorde con otras normas..., cuya inspiración y fundamento comunes permiten a un ordenamiento presentarse como un sistema armónico”. *ob. cit.* En “La legalización administrativa de la gestación...”. pág. 2940.

En la STS 835/2013, de 6 febrero 2014, se establece que los niños nacidos a través de gestación sustituta tienen acceso al RC, pero no se podrá inscribir su filiación, dado que no puede determinarse por el hecho de la maternidad subrogada.

3.5.2.2. El interés superior de los menores:

A la hora de tratar este principio, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, por lo que nos podemos encontrar varias posturas divergentes. Por un lado los tribunales, lo han tratado de defender pero sin que se imponga a las consideraciones propias de la legalidad española¹⁴⁹. Se han orientado hacia la creencia de que, por medio del no reconocimiento de la filiación del menor, se actúa para proteger el interés superior de este. Lo cual es contrario a lo que opina la DGRN, que expone que, para su protección, ha de establecerse dicha filiación, puesto que, de no ser así, quedarían desprotegidos y sin identidad¹⁵⁰.

El TS, en la resolución del recurso de Casación, sentencia nº 836/2013 de 15 enero 2014 entiende, “que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores”. Pero del mismo modo argumenta que, “no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar

¹⁴⁹ En la propia SAP Valencia, sección 10ª, de 23 noviembre 2011, en su FD 5º, se señala que “... la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley...”. Así como en el FJ 5º STS de 6 febrero 2014, en la que se apunta que, “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”. Ante tales pronunciamientos, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. apunta que el trato ofrecido por el Supremo a dicho principio, no es correcto según el principio de jerarquía normativa. Véase su obra para más información. *ob. cit.* págs. 30 y 31.

¹⁵⁰ En una corriente totalmente opuesta, se sitúa BARBER CÁRCAMO, contestando a los argumentos esgrimidos por la Dirección General, señalando que su argumentación basada en el artículo 3 CDN, “es sumamente frágil y discutible, porque el interés superior del menor no necesariamente conduce al resultado pretendido como único”. Puesto que según su obra, “No se deduce de tales preceptos una necesaria aceptación de la filiación surgida tras el convenio de gestación por sustitución, que sin dificultad puede presentarse como contraria al interés del niño, en cuanto le hurta el derecho a su propia identidad, a identificar y conocer a su madre y establecer con ella relaciones correspondientes”, señalando que “En realidad, resulta difícil compartir que el interés del menor sólo resulte protegido con la inscripción en el registro Civil de una filiación contraria a la verdad biológica y en la mayoría de los casos imposible conforme a esta”. En “La legalización administrativa...”. *ob. cit.* págs. 2944 y 2945.

una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico”¹⁵¹.

3.6. Legislación, doctrina y análisis jurisprudencial en Italia.

En primer lugar, hay que dejar claro que la legislación italiana, ha establecido de forma explícita la prohibición de los contratos de gestación por sustitución, tal y como refleja el art. 12 de la LTRHAI, estableciendo que el uso de esta técnica es un delito que se castiga con penas de prisión de dos años y multa de hasta un millón de euros. Lo cual ha desembocado en que de la misma forma que lo visto en España, muchas parejas deciden acudir a otros países en los que está permitido este tipo de prácticas¹⁵².

Una vez se ha accedido a un contrato de maternidad subrogada, a la hora de regresar con los menores a Italia, surge el problema. Si tratamos el caso de una pareja heterosexual, puede ser que se acredite la filiación con las certificaciones extranjeras, omitiendo mención alguna a dichos contratos. Esto se encuentra tipificado en el Código penal italiano, concretamente en el art. 495¹⁵³, siendo este un delito de falsificación de estado civil. Además, si nos encontramos ante un caso en el que los padres comitentes no hayan aportado material genético, si se descubriese, dicho menor podría ser dado en adopción.

En caso de que al menos uno compartiese material genético, respecto de él se establecería la filiación, dándose la posibilidad en caso de tratarse de un matrimonio, a su cónyuge de acceder a la adopción.

Como resulta evidente, en caso de tratarse de una pareja homosexual, en el momento de la inscripción del menor, este solo obtendrá la filiación respecto del padre biológico, siempre que fuese uno de los comitentes.

¹⁵¹ Véase FD 5º, apartado 8 STS 6 febrero 2014.

¹⁵² En palabras de RIMINI, C., esto es así porque, en general, los jueces italianos no pueden sancionar los delitos cometidos en el extranjero. Tal y como señala en *Maternità surrogata e utero in affitto: ecco come funziona (in Italia e all'estero)*. Recuperado en <http://www.lastampa.it/2016/03/01/italia/cronache/per-le-adozioni-tra-due-padri-resta-la-strada-del-tribunale-ma-potrebbe-complicarsi-H7aJbFR1Gr91IYCj12N7Zl/pagina.html>, pág. 1.

¹⁵³ Artículo 495 CP italiano: “Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri. Chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni. La reclusione non è inferiore a due anni: 1) se si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile; 2) se la falsa dichiarazione sulla propria identità, sul proprio stato o sulle proprie qualità personali è resa all'autorità giudiziaria da un imputato o da una persona sottoposta ad indagini, ovvero se, per effetto della falsa dichiarazione, nel casellario giudiziale una decisione penale viene iscritta sotto falso nome”.

Para el supuesto en el que la pareja no comparte material genético con el niño, aparece una nueva situación, en la cual, legalmente, no podría acceder a la filiación ni siquiera por medio de la adopción¹⁵⁴.

A la hora de centrarnos en lo establecido sobre esta materia en Italia, debemos fijar nuestro estudio en lo referente al conocido caso Paradiso y Campanelli vs. Italia, (STEDH nº 25358/12 de 25 enero 2015, rectificada por la Gran Sala el 24 enero 2017).

Antes de entrar a valorar la resolución del alto órgano europeo, hay que encuadrar los antecedentes de hecho del caso que nos ocupa. Nos encontramos ante un matrimonio heterosexual que accede a un contrato de gestación por sustitución por medio de una empresa rusa, lo cual tiene como consecuencia el nacimiento de un bebé, respecto del que se procede a su inscripción en el RC ruso como hijo de los comitentes, y sin especificación alguna al acuerdo gestacional.

El Consulado italiano en Moscú, entrega los pertinentes documentos para posibilitar al niño viajar a Italia, donde el padre solicitó su inscripción ante el Encargado del RC de Colletorto. Al iniciar las actuaciones, el Consulado italiano en Moscú informó sobre la falsedad del expediente de nacimiento, con lo que los comitentes fueron acusados de alteración del estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción.

La fiscalía del Tribunal de menores de Campobasso solicitó la apertura de un proceso con el fin de establecer la situación de adoptabilidad del pequeño, dado que según la legislación italiana, este se encontraba en situación de abandono¹⁵⁵, (atendiendo a lo dispuesto en la Ley nº 184/1983 de 4 mayo. La cual señala, en su artículo segundo que se ha de proceder a la práctica del acogimiento familiar en caso de que el menor carezca de un ambiente familiar idóneo, según las especificaciones del art. 8 de la misma¹⁵⁶).

¹⁵⁴ A respecto de ello, Carlo RIMINI, señala que ya algunos jueces han empezado a aplicar de forma análoga la norma sobre la adopción del hijo del cónyuge, para los homosexuales. *ob. cit.* pág. 1.

¹⁵⁵ Tal y como señala MACHINA GRIFEO, desde la prohibición de los contratos de maternidad subrogada, surge directamente la declaración del estado de adoptabilidad del niño y su inserción en otro núcleo familiar. En la obra *Utero in affitto, la Cassazione chiude al riconoscimento in Italia*. Recuperado en: http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/guidaAlDiritto/dirittoCivile/2014-11-11/utero-affitto-cassazione-chiude-riconoscimento-italia-185331.php?refresh_ce=1. pág. 1.

¹⁵⁶ Artículo 8.1 Ley 184/1983 de 4 mayo, sustituido por el artículo 5 de la Ley nº 149/2001 de 28 marzo, que establece que: “Serán declarados en estado de adoptabilidad por el Tribunal de menores del distrito donde se encuentren, los menores de los que se pruebe la situación de abandono ya que carentes de

En el año 2011, tras la realización de una prueba de ADN, se demostró que el señor Campanelli no era el padre biológico del menor debido a un error de la empresa rusa, lo cual unido al comportamiento contrario a la ley, desencadenó la decisión del tribunal de poner al niño bajo tutela, siendo este separado de los padres comitentes.

En el año 2013 fue dado en adopción y se confirmó la negativa a inscribir el acta de nacimiento en Rusia, debido a ser contraria al orden público y a la inexistencia de certificación, dado que no había relación biológica entre el menor y los comitentes. El niño recibió una nueva identidad y se procedió a señalar en el nuevo certificado de nacimiento que era hijo de padres desconocidos. Señalando el tribunal la incapacidad de los comitentes para actuar en el procedimiento de adopción, puesto que no eran los padres ni familiares del niño.

Tras todo esto, los padres intencionales impulsaron recurso ante el TEDH, el cual entró a conocer sobre el tema, pronunciándose en la STEDH 27 enero 2015, nº 25358/12, caso Paradiso y Campanelli, contra Italia.

El alto tribunal consideró que, en primer lugar, las actuaciones por las que el menor había sido sometido a tutela y separado de los padres comitentes entraban en contraste con lo expuesto en el art. 8 CEDH, que establece el derecho a la vida privada y familiar. Aunque al mismo tiempo reconoce que la actuación de los tribunales italianos, por las que se establecía el estado de abandono del menor, no había sido arbitraria, dado que dichas medidas se habían basado en disposiciones de derecho interno italiano.

En segundo lugar, se dispone a valorar si era necesaria tal injerencia en una sociedad democrática, debiendo establecer si la aplicación del derecho nacional había logrado un justo equilibrio entre el interés público y los intereses privados de los demandantes. A la hora de valorarlo, señala que también ha de tenerse en cuenta el principio de interés superior del menor. En lo que concluye que las actuaciones efectuadas se habían producido con la finalidad de poner fin a la situación ilícita en la que se encontraba el menor. Señalando que el sacar a un niño de su familia es una medida extrema que solo se puede justificar en caso de peligro inminente. En lo que se

asistencia moral y material por parte de los padres o de los familiares que deben ocuparse de él, siempre y cuando dicha falta de asistencia no se deba a un motivo transitorio de fuerza mayor”.

defiende el tribunal italiano señalando que dado el corto periodo de tiempo que el menor había pasado con los padres comitentes y dada su corta edad, era un daño subsanable.

Con todo esto, el TEDH considera que no se ha logrado el preceptivo equilibrio, con lo que se entiende vulnerado el art. 8 CEDH. Ahora bien, dejando claro que dicha violación no debía entenderse como una obligación respecto a Italia de devolver al niño a los demandantes, puesto que ya había creado unos lazos afectivos con la familia de acogida. Resuelve indemnizando a los demandantes con 30.000 euros.

Todo ello, a la hora de ser revisado por la Gran Sala del TEDH, fue revocado en su resolución de 24 de enero de 2017, declarando inadmisibles todos los argumentos utilizados por los demandantes, y por tanto señalando la no vulneración del art. 8 CEDH¹⁵⁷. Tal y como señala el Juez RAIMONDI, en su aportación al final de la sentencia, podemos ver de una forma más clara, la razón principal que les llevó a revocar la resolución primera, dado que, al no existir línea biológica entre los comitentes y el menor y dada la escasa duración de la relación de cohabitación, y la dudosa vinculación entre ellos desde un punto de vista jurídico¹⁵⁸, no se puede hablar de que concurren las condiciones para hablar de una vida familiar de hecho, y por tanto no sería de aplicación el citado art. 8 CEDH.

Ante este pronunciamiento, me parece importante destacar la opinión disidente común de los Jueces LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU, LAFFRANQUE, LEMMENS y GROZEV, que opinan que las actuaciones llevadas a cabo por los tribunales italianos, no han sido efectuadas en favor del Interés Superior del menor, sino que este caso ha sido usado como medio de restricción publicitario, a la hora de que otros ciudadanos italianos, acudan a otros países a formalizar contratos de maternidad subrogada¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Véase la resolución nº 25358/12 de la Gran Sala STEDH de 24 enero 2017.

¹⁵⁸. Véase la opinión concordante de los Jueces GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK y DEDOV, los cuales apuntan en el apartado tercero de su exposición, que es imposible a su forma de entender, aceptar la existencia de una vida familiar sin considerar el modo por el cual la relación interpersonal se ha establecido. Dicho elemento debe ser valorado desde el punto de vista jurídico y moral. La ley no puede ofrecer una protección a las situaciones que de hecho conforman una violación de normas jurídicas o de principios morales fundamentales. Concretamente en este caso, la relación entre los recurrentes y el menor, se han establecido violando el derecho italiano. Resolución nº 25358/12 de la Gran Sala STEDH de 24 enero 2017

¹⁵⁹ Véase la opinión disidente común de los Jueces LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU, LAFFRANQUE, LEMMENS E GROZEV. En la resolución nº 25358/12 de la Gran Sala STEDH de 24 enero 2017.

CONCLUSIONES

PRIMERA. En los supuestos en que una pareja compuesta por dos mujeres accede a TRHA se evidencia una clara discriminación respecto de las parejas heterosexuales, puesto que en un primer momento cuentan con la obligación de haber formalizado un matrimonio previo al establecimiento de la filiación natural del neonato respecto de la pareja de la madre lo cual no es necesario en el supuesto de ser una pareja de sexo opuesto. Por lo que considero que se debería abrir la posibilidad en igualdad de condiciones para ambos supuestos, a suerte de poder ser considerado discriminatorio a razón del artículo 14 CE.

SEGUNDA. A la hora de establecer la LTRHA en su art. 7, el nuevo modelo de filiación derivado del uso de las técnicas en ella recogidas, en su primer apartado se remite para colmar sus carencias a lo dispuesto en el Código civil, el cual solo reconoce los dos tipos tradicionales de filiación: natural y adoptiva. Es por ello que entiendo necesario proceder a una modificación de la norma civil para integrar esta nueva figura, así como recoger los procedimientos propios a llevar a cabo en esos supuestos.

TERCERA. Entrando a valorar la situación en Italia, podemos ver cómo en esta materia, debido a las consecutivas modificaciones que ha ido sufriendo la LTRHAI se ha ido asemejando cada vez más a nuestra legislación nacional; a pesar de lo cual, considero que se ha de seguir modificando en lo referente a la capacidad de acceso a personas homosexuales. Dado que una vez que tienen reconocida la capacidad de casarse e incluso acceder a la adopción, entiendo que no es fácil de sostener su veto al acceso a los tratamientos de reproducción asistida, siendo la prohibición de la inseminación heteróloga el único obstáculo que queda por resolver.

CUARTA. El de la maternidad subrogada, como ha quedado expuesto es un tema controvertido, pero de igual forma se ha puesto de manifiesto la necesidad de una regulación que ponga fin a los conflictos entre la DGRN y los diversos Tribunales. Entiendo necesaria dicha regulación, puesto que a pesar de ser una materia prohibida por nuestro ordenamiento, estamos viendo como se acepta la determinación de la filiación de los menores por ella engendrados en favor de los padres comitentes, aunque siga sin permitirse su inscripción en el RC y por ende siguen surgiendo problemas que

afectan a las propias familias así como directamente a los menores a los que se debe proteger.

QUINTA. Enlazando con el tema de la gestación por sustitución y la filiación, entiendo que otro de los supuestos a subsanar es la situación de desamparo en la que se encuentran las parejas compuestas por dos hombres. No pudiendo proceder a la inscripción de la copaternidad en el Registro civil de los hijos engendrados por esta técnica, mientras que en el caso de las parejas compuestas por dos mujeres, que accedan a otras formas de reproducción asistida, tengan consentida la inscripción de la comaternidad a través de la modificación introducida en el art. 7.3 LTRHA.

SEXTA. En cuanto a la maternidad subrogada en Italia vemos que se encuentra en la misma situación de España, pero con la dificultad añadida de su severidad en lo que a estos temas compete. Me baso en lo indicado por el TEDH para señalar la falta de proporcionalidad de la decisión de declarar a los menores en situación de adoptabilidad, para el caso de una gestación sustituta totalmente heteróloga, así como en los casos de parejas homosexuales; puesto que entiendo se trata de una medida coercitiva que tiene la finalidad de disuadir a futuros padres comitentes, en vez de buscar en interés superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2014, vol. 6, núm. 2, págs. 5-49.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”. *Anuario español de Derecho internacional Privado (AEDIPr)*, t, X, 2010, págs. 339-377.

BARBER CÁRCAMO, R. *La filiación en España: una visión crítica*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi S.A., Navarra, 2013.

- “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR*, 8 de diciembre de 2010.
- “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre de 2014, págs. 93-136.
- “La *legalización administrativa* de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, págs. 2905-2950.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Manual de Derecho civil: Derecho de familia*. Editorial Bercal, Madrid, 2007.

BERTI DE MARINIS, G. *La jurisprudencia italiana en materia de reproducción asistida*. Recuperado de <http://idibe.org/2015/04/02/la-jurisprudencia-italiana-en-materia-de-reproduccion-asistida/>. 2015 (Fecha de consulta 09/01/2017).

CALLEJO RODRÍGUEZ, C. “La llamada doble filiación por naturaleza: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”. *Diario la Ley*, núm. 8240, 30 de enero de 2014, (281/2014).

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 294-319.

CORERA IZU, M. “Abandonados, apátridas y sin padres”. *Diario La Ley*, núm. 8345, 2 de julio de 2014, (4360/2014).

- “Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil”. *Diario La Ley*, núm. 8813, 28 de julio de 2016, (5796/2016).

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de familia y Derecho Sucesorio*. Editorial Tecnos, Madrid, décima edición, 2006.

FLORES ANARTE, A. *Las técnicas de reproducción humana asistida en España: ¿mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M. “Convivencia matrimonial de hecho: parejas no casadas”. En la obra de SANCHEZ CALERO, F.J. (coord.) *Curso de Derecho civil IV: Derechos de familia y sucesiones*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GOÑI HUARTE, E. “La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado”. *Diario la Ley*, núm. 5, mayo de 2016, (3166/2016).

HEREDIA CERVANTES, I. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2014, vol. 6, núm. 2, págs. 147-174.

HERRERA CAMPOS, R. “La filiación nacida de las técnicas de reproducción asistida”, en la obra de SANCHEZ CALERO, F.J. (coord.) *Curso de Derecho civil IV: Derechos de familia y sucesiones*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Editorial Reus S.A., Madrid, 2012.

MACHINA GRIFEO, F. *Utero in affitto, la Cassazione chiude al riconoscimento in Italia*. Recuperado en:

http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/guidaAlDiritto/dirittoCivile/2014-11-11/utero-affitto-cassazione-chiude-riconoscimento-italia-185331.php?refresh_ce=1.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALCARAZ, C. (coord.). *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Editorial Constitución y Leyes S.A., Madrid, 2013.

NICOLÁS, M. BALLESTEROS, A. LANDERAS, J. FERNÁNDEZ, L. VILLAQUIRAN, A.M. MOLLA, M. y RAMOHI, J. *Manual práctico de esterilidad y reproducción humana*. Editorial Mc GRAW-HILL/ INTERAMERICANA DE ESPAÑA, Basauri, 2012.

PÉREZ URUEÑA, A.A. “La adopción por las uniones de hecho: su necesaria regulación”. *Diario La Ley*, núm. 21, segundo trimestre de 2001. (1799/2006).

REYES LÓPEZ, M^a. J., “La filiación”, en la obra DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.). *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RICO ÍÑIGO, M. “El estudio de la familia”, en la obra VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.), *Derecho de Familia*. Editorial Bosch, Barcelona, 2011.

RIMINI, C. *Maternità surrogata e utero in affitto: ecco come funziona (in Italia e all'estero)*. Recuperado en: <http://www.lastampa.it/2016/03/01/italia/cronache/per-le-adozioni-tra-due-padri-resta-la-strada-del-tribunale-ma-potrebbe-complicarsi-H7aJbfR1Gr91IYCj12N7ZI/pagina.html>.

TOMÁS MARTÍNEZ, G. “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”. *Diario La Ley*, núm. 7, quincena del 1 al 15 abril de 2010. (1796/2010).

TORRES FLOR, A. *Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga*. Editorial Universidad Católica San Pablo, Arequipa (Perú), 2014.

JURISPRUDENCIA:

Europa:

STEDH sección primera, núm. 57213/00, de 1 abril 2010, rectificada por la Gran Sala el 3 de noviembre de 2011. (Caso S. H. AND OTHERS contra Austria).

STEDH, sección segunda, núm. 54270/10, de 28 agosto 2012, ratificada por la Gran Sala el 11 de febrero de 2013 (Caso COSTA AND PAVANA contra Italia)

STEDH núm. 25358/12 de 25 enero 2015, rectificada por la Gran Sala el 24 enero 2017. (Caso PARADISO AND CAMPANELLI contra Italia).

España:

STC 116/1999 de 17 junio (BOE núm. 162 de 8 de julio de 1999).

STS de 12 mayo de 2011 (RJ 2676/2011).

STS 18 enero 2012 (RJ 567/2012).

STS de 5 diciembre de 2013 (RJ 5765/2013).

STS de 15 enero de 2014 (RJ 608/2014).

STS de 6 febrero de 2014 (RJ 247/2014).

ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 335/2015).

SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011 (RJ 5738/2011).

AJPI Instancia Valencia el 13 mayo 2003 (RJ 1/2003).

SJPI nº 15 Valencia de 17 septiembre 2010 (25/2010).

Italia:

OCC de 24 octubre, núm. 369/2006.

SCC de 8 de mayo, núm. 151/2009.

SCC de 8 junio, núm. 162/2014.

ST Catania de 3 de mayo, núm. 4612/2004.

OT Cagliari de 16 de julio, núm. 5026/2005.

ST Cagliari de 24 septiembre, núm. 3336/2007.

ST de Salerno de 9 enero, núm. 191/2010.

Francia:

SC Apelación Rennes de 4 julio, núm. 2471/2002.